

Rett til interoperabilitet?

- samvirke mellom datamaskinprogrammer i et konkurranserettslig perspektiv**

Kandidatnummer: 234

Leveringsfrist: 01.06.2008

Til sammen 37 544 ord

01.06.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Problemstillingens aktualitet	4
1.3	Skjæringsfeltet mellom opphavsrett og konkurranserett	6
1.4	Rettskildene – rettskildebildet og forholdet mellom bestemmelsene	8
1.4.1	Innledning	8
1.4.2	Åndsverkloven § 39i.....	8
1.4.3	Konkurranseloven § 11 jfr. EØS-avtalen artikkel 54.....	10
1.4.4	Forholdet mellom bestemmelsene	12
<u>2</u>	<u>ÅNDSVERKLOVEN § 39I</u>	<u>13</u>
2.1	Innledning	13
2.2	Krav til formålet med dekompilering	17
2.2.1	Innledning	17
2.2.2	Krav til det programmet man ønsker at skal samvirke	18
2.2.3	Krav til et formål om å oppnå samvirke mellom det selvstendig utviklede program og andre programmer.....	19
2.3	Nødvendighetskravet.....	23
2.3.1	Innledning	23
2.3.2	”Funksjonelt samvirke”	23
2.3.3	Krav til informasjonens innholdsmessige nødvendighet	24
2.3.4	”Forutsetning” – krav til nødvendigheten av dekompilering	26
2.3.4.1	Innledning	26
2.3.4.2	Nødvendige opplysninger har tidligere vært tilgjengelige	26
2.3.4.3	Andre mindre inngripende metoder å få tilgang til den nødvendige informasjonen på	30

2.4	Begrensning i hva som kan dekompileres	31
2.5	Personelle vilkår	33
2.6	Vilkår for bruk av den innhentede informasjonen.....	34
2.6.1	Begrensning i formål den innhentede informasjonen kan brukes til.....	34
2.6.2	Begrensning i adgangen til å videreformidle innhentet informasjon	35
2.6.3	Forbud mot å benytte innhentet informasjon til å utvikle programmer som vesentlig svarer til det originale programmet eller annen handling som krenker opphavsretten til originalprogrammet	36
2.7	Sammenfattende betraktninger.....	38
3	<u>KONKURRANSELOVEN § 11 JFR. EØS-AVTALEN ARTIKKEL 54</u>	39
3.1	Innledning	39
3.2	Førsteinstansrettens vurdering av interoperabilitetsspørsmålet i <i>Microsoft</i>	43
3.3	Krav om at nektelsen utgjør en konkurranserettslig forretningsnektelse	45
3.4	Krav om to programmarkeder.....	47
3.5	Nødvendighetskriteriet.....	54
3.5.1	Kravets innhold.....	54
3.5.2	Hvilken grad av interoperabilitet kan kreves?	55
3.5.2.1	Innledning	55
3.5.2.2	Datamaskinprogrammets natur – nektelsens karakter.....	59
3.5.2.3	Programmenes karakter og deres rolle i et nettverk	60
3.5.2.4	Det dominerende foretakets stilling i primærmarkedet	63
3.5.3	Den nektede informasjonens uunnværlighet.....	65
3.6	Konkurrenseelimineringskriteriet	70
3.6.1	Kravets innhold.....	70
3.6.2	Rettighetshavers og konkurrentenes posisjon i sekundærmarkedet etter nektelsen – utviklingen av aktørens markedsposisjoner	74
3.6.3	Datamaskinprogrammarkedenes karakter – etableringshindringer og nettverkseffekter	78
3.6.4	Betydningen av at det dominerende foretaket er aktivt i begge programmarkeder	80
3.6.5	Nektelse overfor nye versus eksisterende kunder	86

3.7	”Nytt produkt” kriteriet	90
3.7.1	Kravets innhold.....	90
3.7.2	”Lock-in” effekten – reduserte valgmuligheter for brukeren.....	98
3.7.3	Aktørenes innovasjonsincentiver	99
3.8	Objektiv begrunnelse	103
3.8.1	Kravets innhold.....	103
3.8.2	Begrunnelser knyttet til nektelsens karakter og dens virkning på rettighetshavers innovasjonsincentiver	105
3.8.3	Hemmelig og verdifull informasjon.....	113
3.9	Lisenspåleggets innhold	114
3.10	Sammenfattende betraktninger.....	118
<u>4</u>	<u>VURDERING AV DAGENS TOSPOREDE REGULERING.....</u>	<u>120</u>
4.1	Reglenes karakter	120
4.2	Internalisering av den konkurranserettslige norm i opphavsretten	123
<u>5</u>	<u>KILDEREGISTER.....</u>	<u>126</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Følgende uttalelse fra Førsteinstansretten i dommen mot *Microsoft*, som falt 17.september 2007, er betegnende for bakgrunnen for problemstillingen i denne avhandlingen:

”it is necessary to bear in mind that, by nature, computer programs do not function in isolation, but are designed to communicate and function with other programs”¹

Et datamaskinprogram er av karakter en del av et hele, enten i en enkelt datamaskin eller i et større nettverk. Dette gjør at samvirke med andre programmer – også andre leverandørers programmer – nærmest er en forutsetning for å kunne operere som tilbyder av datamaskinprogrammer. For å oppnå samvirke mellom programmer, er det nødvendig med tilgang til teknisk informasjon om de programmer en ønsker å samvirke med. Programmene må teknisk sett kunne kommunisere. Samvirke er, i forbindelse med datamaskinprogrammer, ofte omtalt som interoperabilitet eller kompatibilitet mellom programmer. Interoperabilitet kan beskrives som interaksjonen mellom komponenter i et datamaskinsystem som gjør det mulig for de forskjellige komponentene å arbeide sammen. De deler av et datamaskinprogram som tilveiebringer sammenkobling og interaksjon mellom komponentene slik at kommunikasjon på tvers av programmene er mulig, kalles programmets tekniske grenseflate eller grensesnitt.²

¹ Sak T-201/04 *Microsoft Corp.* mot *Kommisjonen* (ennå ikke i Sml.), avsnitt 383. Se også fortalen i Rdir. 1991/250/EØF af 14.maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (Softwaredirektivet), avsnitt 10.

² Softwaredirektivets fortale avsnitt 11.

I tillegg til at det kreves interoperabilitet datamaskinprogrammer i mellom, kreves også interoperabilitet mellom datamaskinprogrammer og maskinvare³ og mellom datamaskinprogrammer og brukeren for at datamaskinsystemet totalt sett skal fungere på en funksjonell og hensiktsmessig måte. Spørsmål knyttet til interoperabilitet mellom programmer og maskinvare og programmer og brukeren faller utenfor fremstillingen.

Interoperabilitet er et gradsspørsmål.⁴ Et programs evne til å utveksle og gjensidig gjøre bruk av de utvekslede data varierer. Hva slags informasjon som teknisk sett kreves tilgjengeliggjort for å oppnå samvirke, vil dermed avhenge av hvilken grad av interoperabilitet en skal oppnå og hva slags datamaskinprogrammer det dreier seg om. I en del tilfeller er interoperabilitetsinformasjon offentliggjort på frivillig basis, i tillegg har produsenter i en del tilfeller blitt enige om felles standarder som definerer grenseflatene, dataformatene/filformatene og protokollene og eventuell annen informasjon som man trenger for at datamaskinprogrammer skal kunne samvirke med hverandre.⁵ I noen tilfeller hemmeligholdes imidlertid interoperabilitetsinformasjon med den begrunnelse at den er immaterialrettslig beskyttet; det være seg enten i form av de ordinære immaterialrettslige beskyttelsesformer, som for eksempel opphavsrettsbeskyttelse, eller som forretningshemmeligheter.⁶ Det kan dreie seg om fullstendig nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon eller at den informasjonen som er tilgjengelig, ikke er tilstrekkelig til å oppnå funksjonelt samvirke.

Hovedregelen er avtalefrihet og dermed at man må respektere en nektelse av å tilgjengeliggjøre informasjon. Utgangspunktet modifiseres imidlertid i visse tilfeller på bakgrunn av at interoperabilitet er ønskelig og nødvendig ut i fra et konkurransemessig

³ Maskinvare: de fysiske komponentene som en datamaskin eller et nettverk består av. For eksempel skrivere, skjerm, tastatur, lagringsmedier og prosessorer. (www.wikipedia.no).

⁴ *Microsoft* avsnitt 158.

⁵ Glorioso (2005), punkt 2.

⁶ Datamaskinprogrammer kan ikke patenteres, jfr. Lov om patenter 15. desember 1967 nr. 9 (patentloven) § 1 nr. 3.

perspektiv, i den forstand at økt grad av interoperabilitet vil virke positivt på konkurransesituasjonen og utviklingen i datamaskinprogrammarkedene og forhindre at en leverandør settes i stand til å utvide sin markedsrett i kraft av å inneha nødvendig samvirkeinformasjon.⁷

Problemstillingen for denne avhandlingen er i hvilken grad man etter norsk rett har mulighet til å få tilgang til slik informasjon at samvirke med andre leverandørers datamaskinprogrammer blir mulig, til tross for at den aktuelle leverandøren ikke ønsker å tilgjengeliggjøre informasjonen. Utvikling av programmarkedene og økt antall aktører stiller krav om en tilfredsstillende regulering av interoperabilitetsspørsmålet. Utfordringen ligger i å balansere hensynet til avtalefrihet og enerett og hensynet til en effektiv konkurranse. Spørsmålet i denne sammenheng er når hensynet til konkurransen er antatt å veie tyngre enn hensynet til enerett og avtalefrihet, slik at man kan få tilgang til informasjon til tross for at tilgjengeliggjøring ikke skjer frivillig.

I norsk rett finnes to hjemler for å oppnå tilgang til samvirkeinformasjon uten samtykke fra innehaveren av informasjonen, som begge er begrunnet i konkurransehensyn. Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. 12. mai 1961 nr 2 (åndsverkloven) § 39i hjemler adgang til å fremstille eksemplarer av datamaskinprogram med det formål å hente ut opplysninger som er nødvendige for å oppnå interoperabilitet.⁸ Dette til tross for at programmet kan være underlagt opphavsrettslig beskyttelse,⁹ og eksemplarframstilling i utgangspunktet tilligger rettighetshavers enerett, jfr. åndsverkloven § 2. Vilårene for tilgang til interoperabilitetsinformasjon med hjemmel i bestemmelsen behandles i kapittel 2.

Den andre bestemmelsen som hjemler tilgang til interoperabilitetsinformasjon, er Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 5.mars 2004 nr.12 (konkurranseloven) § 11 jfr. Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

⁷ Riis (2001), s. 40.

⁸ Metoden som bestemmelsen hjemler, kalles dekompilering. Se kapittel 2.1.

⁹ Jfr. åndsverkloven § 1 nr. 12.

(EØS-avtalen) artikkel 54. Denne bestemmelsen er en skjønnsmessig forbudsbestemmelse som slår ned på foretak som på en utilbørlig måte utnytter sin dominerende stilling i markedet. Regelen er teknologinøytral og retter seg mot mange slags typer misbruk av dominerende stilling. Vilåårene for tilgang til interoperabilitetsinformasjon med hjemmel i bestemmelsen behandles i kapittel 3.

Bestemmelsene er forskjellige både med tanke på karakter og rettskildemessig plassering. Det er av interesse å se reglene i åndsverkloven og konkurranseloven i sammenheng siden de retter seg mot likeartede forhold. Avslutningsvis, i kapittel 4, gis en vurdering av dagens tosporede regulering. Det er i fremstillingen viet mest plass til spørsmålet om tilgang til interoperabilitetsinformasjon etter den konkurranserettslige bestemmelse, da den ferske og omdiskuterte avgjørelsen fra Førsteinstansretten i *Microsoft* setter søkelys nettopp på tilgang til samvirkeinformasjon med hjemmel i konkurranseretten.

Det er de materielle vilkår for tilgang til interoperabilitetsinformasjon som er gjenstand for behandling. Spørsmål knyttet til prosessuelle sider av reglene faller utenfor fremstillingens tema.

1.2 Problemstillingens aktualitet

Kommisjonens sak mot Microsoft, hvor interoperabilitet var et av temaene, har fått mye oppmerksomhet de siste årene. I kjølvannet av *Microsoft*, hvor Førsteinstansretten avsa dom i favør av Microsofts konkurrenter med hjemmel i Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap (EF-traktaten) artikkel 82, har debatten rundt interoperabilitet vært aktiv, både i tekniske og juridiske miljøer. Konkurrentene fikk tilgang til informasjon som Microsoft mente både var underlagt opphavsrettsbeskyttelse og tilhørte bedriftens forretningshemmeligheter. Saken har fått stor oppmerksomhet blant annet fordi Microsoft ble ilagt den største boten som noen gang er gitt til et enkelt foretak. Boten lød på opp mot hele 500 millioner euro.¹⁰ Saken behandles i fremstillingens kapittel 3.

¹⁰ Se domsslutningen i *Microsoft* jfr. kommisjonsavgjørelsen i saken COMP/C-3/37.792 artikkel 3. Avgjørelsen fra Kommisjonen falt 24.mars 2004 og blir heretter omtalt som kommisjonsavgjørelsen.

Etter at Førsteinstansretten anga hvilke prinsipper et dominerende foretak må forholde seg til hva gjelder frigjøring av interoperabilitetsinformasjon, har Microsoft nok en gang blitt klaget inn for Kommisjonen på grunn av tilbakeholdelse av interoperabilitetsinformasjon. I en pressemelding datert 14.januar 2008, kunngjorde Kommisjonen at den ville undersøke en klage fra ECIS (European Committee for Interoperable Systems), som dreier seg om at Microsoft rettstridig har nektet å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon på flere produktområder. I tillegg vil Kommisjonen, i henhold til sin pressemelding, også undersøke hvorvidt Microsofts nye filformat Office Open XML, implementert i Office, er tilstrekkelig interoperativt med konkurrenters produkter.¹¹

På nasjonalt nivå er det også fokus på konkurranserettens rolle i softwaremarkedene. I tildelingsbrevet fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet til Konkurransetilsynet for 2008, uttrykkes det eksplisitt at tilsynet skal prioritere oppfølging av IKT-sektoren.¹² På bakgrunn av tildelingsbrevet, har Konkurransetilsynet utarbeidet rapporten ”Konkurranse og innovasjon i programvaremarkedene” hvor det blant annet rettes fokus mot interoperabilitetsspørsmålet og avgjørelsen i *Microsoft*.¹³

Det er på bakgrunn av problemstillingens aktualitet, både nasjonalt og internasjonalt, av interesse å kartlegge mulighetene for tilgang til hemmeligholdt samvirkeinformasjon i henhold til norsk rett.

¹¹ Pressemeldingen er publisert på:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/19&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (à jour per 30.mai 2008).

¹² Se <http://www.regjeringen.no/en/dep/fad/Documents/Andre-dokumenter/Brev/tildelingsbrev/konkurransetilsynet.html?id=500786> (à jour per 30.mai 2008).

¹³ Se <http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429074/KONKURRANSE%20OG%20INNOVASJON%20I%20PROGRAMVAREMARKEDENE.PDF> (à jour per 30.mai 2008).

1.3 Skjæringsfeltet mellom opphavsrett og konkurranserett

Datamaskinprogrammer anses å være litterære verker i opphavsrettslig forstand, jfr. åndsverkloven § 1 nr 12, og nyter beskyttelse dersom de er opphavsmannens egne intellektuelle frembringelser.¹⁴ Hvorvidt et programs tekniske grenseflate er opphavsrettslig beskyttet er diskutert.¹⁵ Grensene for hva som har rettslig beskyttelse etter de opphavsrettslige regler er ikke nødvendig å fastlegge i denne sammenheng, da det er hjemlene for å kreve tilgang som er temaet for avhandlingen. Det er grunn til å anta at en del interoperabilitetsinformasjon er opphavsrettslig beskyttet, og dette legges til grunn i den videre fremstillingen. En slik forutsetning la Førsteinstansretten til grunn for sin avgjørelse i *Microsoft*, da et eventuelt vern i alle tilfeller ikke ville stå seg overfor konkurransereglene slik rettskildesituasjonen er i dag.¹⁶

Kort kan det sies at dersom grenseflateinformasjon er opphavsrettsbeskyttet, så er det kun uttrykket som er beskyttet. Prinsippene og ideene bak åndsverket er ikke beskyttet av denne eneretten. Dette følger av et alminnelig opphavsrettslig prinsipp og gjelder beskyttelsen av alle åndsverk.¹⁷ Bakgrunnen for den beskyttelse opphavsretten gir, er grunntanken om at ens ”samfunnsgagnlige virksomhet stimuleres best ved at de får enerett til å høste frukten av det de har frembragt”¹⁸. Immaterialrettens begrunnelse kan også sees ut i fra et mer økonomisk perspektiv – retten har en nytte for samfunnet og fellesskapet i det den stimulerer til innovasjon.¹⁹

¹⁴ Softwaredirektivet, artikkel 1 tredje ledd, Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.2. Jeg går ikke nærmere inn på vilkår for og omfang av programbeskyttelsen generelt. Se Rognstad, del II for en fremstilling av temaet.

¹⁵ Se for eksempel Andersen (2005), s. 377-378 og Riis (2001), s. 39-41.

¹⁶ *Microsoft* avsnitt 283.

¹⁷ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3., Softwaredirektivets fortale avsnitt 13-14.

¹⁸ Lassen (2004), s.468.

¹⁹ Schovsbo og Rosenmeier (2008), s. 27.

Konkurranseretten har som formål å bidra til en effektiv bruk av samfunnets ressurser²⁰ – både i et dynamisk og et statisk perspektiv.²¹ Effektivitet kan uttrykkes som en målsetning om maksimal verdi ut av de goder som i et samfunn settes i produksjon.²² Statisk effektivitet innebærer at man til enhver tid utnytter de tilgjengelige ressurser optimalt på den måten at godene må allokeres dit hvor de har størst verdi for etterspørerne.²³ I et dynamisk perspektiv innebærer effektivitet at det må utvikles ny kunnskap som frembringer innovasjoner – nye og bedre produkter. Hensynet til dynamisk effektivitet innebærer at det ikke kan tas for gitt at det som er en effektiv ressursbruk nå – også vil være det i et fremtidig perspektiv.²⁴

Siden opphavsretten innebærer eksklusivitet for rettighetshaver, mens konkurranseretten søker å fremme åpne markeder, kan det oppstå en konflikt mellom rettsområdene – men incentivfunksjonen av opphavsretten, begrunnet i samfunnsøkonomisk effektivitet, er ikke i konflikt med konkurranserettens formål om dynamisk effektivitet. Konkurranseretten har, i like stor grad som eneretten, som formål å fremme forskning, utvikling og oppmuntre til innovasjon.²⁵

Spørsmålet om når en kan få tilgang til interoperabilitetsinformasjon på bakgrunn av konkurransemessige hensyn, ligger i dette skjæringsfeltet mellom immaterialrett og konkurranserett. Utfordringen ligger i å utvikle regler som regulerer tilgang til samvirkeinformasjon på en slik måte at enerettshaver beskyttes tilstrekkelig til at han ikke

²⁰ Konkurranseloven § 1 første ledd.

²¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 31 jfr. NOU 1991:27 s. 81-83, se forøvrig Kolstad og Ryssdal (2007), s. 50-96 og Whish (2003), kapittel 1.

²² Kolstad og Ryssdal (2007), s. 50.

²³ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 54.

²⁴ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 68.

²⁵ Whish (2003), s. 734. Skjæringsfeltet mellom rettsområdene er viet stor oppmerksomhet i teorien, se for eksempel Whish (2003), kapittel 19, Jones og Sufrin (2008), kapittel 10, Fejø (2003), kapittel III K, VIII C og D. Se også Hagland (2007), s. 24-31.

mister sitt incitament til innovasjon og fortsetter å bidra til den teknologiske utvikling på markedene, samtidig som de sikrer at hemmeligholdelse av informasjon ikke svekker andre aktørers konkurransedyktighet og mulighet for å etablere seg i programmarkedene i en slik grad at forbrukernes interesser skades.

1.4 Rettskildene – rettskildebildet og forholdet mellom bestemmelsene

1.4.1 Innledning

Som uttrykt i avhandlingens problemstilling, er det valgt en nasjonal innfallsvinkel i denne fremstillingen. De to rettsgrunnlagene som i norsk rett hjemler tilgang til hemmeligholdt interoperabilitetsinformasjon, har begge en EF-rettslig forhistorie og forankring som har betydning for tolkningen av bestemmelsene og det rettskildemessige forholdet mellom bestemmelsene i mellom. I dette kapitlet angis bestemmelsenes plass i rettskildebildet, forholdet mellom bestemmelsene i mellom og hvilken betydning forholdet har for løsningen av interoperabilitetsspørsmålet. Det gjøres også kort rede for de rettskilder som er særlig relevante i avhandlingen.

1.4.2 Åndsverkloven § 39i

Vedrørende beskyttelse av datamaskinprogrammer, har Norge visse forpliktelser etter Softwaredirektivets bestemmelser,²⁶ selv om opphavsrettsbeskyttelse i utgangspunktet er et nasjonalt anliggende.²⁷ Åndsverkloven § 39i gjennomfører Softwaredirektivet artikkel 6, og innføringen av bestemmelsen i åndsverkloven i 1992 var nødvendig ut i fra Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.²⁸ Departementet valgte å ta utgangspunkt i en relativt direkte oversettelse av direktivets ordlyd etter samråd med de andre nordiske land for å få en så ens ordlyd som mulig, men også på grunn av nødvendigheten av å foreta en korrekt

²⁶ Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVII.

²⁷ Rognstad, kapittel 4.1.

²⁸ EØS-avtalen artikkel 7. Bestemmelsen ble tilføyd ved lov nr. 128/1992 som § 39c og omnummerert ved lov nr. 27/1995 til § 39i.

gjennomføring av EF-direktivet.²⁹ I de norske forarbeidene til tilføyelsen i åndsverkloven, ble det direkte uttalt at en klargjøring av bestemmelsens nærmere omfang ville måtte skje i samsvar med en eventuell fremtidig praksis ved domstolen innenfor Fellesskapet.³⁰ På grunn av den norske regelens europeiske forankring, blir det relevant og nødvendig å se hen til EF-rettslige rettskilder i forståelsen av den norske regelen. Dekompileringsadgangen i henhold til Softwaredirektivet artikkel 6 var oppe i *Microsoft*, selv om saken i utgangspunktet dreiet seg om den konkurranserettslige inngrepshjemmel i EF-traktaten artikkel 82. Utover dette har bestemmelsen så vidt meg bekjent ikke vært oppe for de fellesskapsrettslige domstoler.³¹

Hensynet til en direktivkonform tolkning vil prege tolkningen av den norske bestemmelsen. Softwaredirektivets bestemmelser og formålsbetraktningene i direktivets fortale blir dermed retningsgivende for forståelsen av åndsverksloven § 39i.³² Juridisk litteratur vedrørende Softwaredirektivets bestemmelse vil også bidra i tolkningen av bestemmelsen.

Lovsamarbeidet med de nordiske landene – i opphavsretten generelt og ved inkorporeringen av Softwaredirektivets bestemmelser spesielt – vil gjøre at rettskilder fra de øvrige nordiske land vil kunne være veiledende ved tolkning av den norske bestemmelsen. Så vidt meg bekjent har dekompileringsregelen verken vært oppe i svenske eller danske domstoler,³³ men juridisk teori fra de nevnte land kan gi veiledning hva gjelder tolkningen av den norske bestemmelsen.

²⁹ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.1.

³⁰ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.1.

³¹ Jfr. søk på: www.eur-lex.europa.eu og www.lovdato.no (å jour per 30.mai 2008).

³² At en skal legge en direktivkonform tolkning til grunn, uttrykte Høyesterett eksplisitt i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I): "Innenfor EØS-retten gjelder prinsippet om direktivkonform fortolkning." (s. 1826).

³³ Jfr. søk på: www.infotorget.se (Rättsbanken), www.thomson.dk (UfR online) og www.domstol.dk (Sø- og Handelsrettens dommer) (å jour per 30.mai 2008). Adgang til dekompilering for å oppnå interoperabilitet er i Sverige inntatt i Lag (1960:729) om upphovs rätt till litterära och konstnärliga verk § 26h og i Danmark i LBK G 2006-06-30 nr 763 Ophavsretsloven § 37

Spørsmålet om dekompilering etter åndsverkloven § 39i var oppe i straffesaken inntatt i RG 2004 s.414 (DVD-Jon-dommen). Dommen gir imidlertid ingen videre veiledning med tanke på tolkningen av bestemmelsen i § 39i og blir ikke berørt i den videre fremstilling. På grunn av mangel på relevant rettspraksis både nasjonalt, nordisk og felleskapsrettslig, og en gjennomføring i norsk rett uten særlig nasjonal behandling med det resultat at forarbeidene er knappe, er kartleggingen av innholdet i åndsverkloven § 39i i stor grad basert på norsk og utenlandsk teori.

1.4.3 Konkurranseloven § 11 jfr. EØS-avtalen artikkel 54

Den norske bestemmelsen i konkurranseloven § 11 bygger på EØS-avtalen artikkel 54 og har en nærmest identisk ordlyd som denne.³⁴ Bestemmelsene bygger på EF-traktaten artikkel 82.

Hva gjelder den nasjonale tolkningen av EØS-avtalen artikkel 54, vil praksis fra de felleskapsrettslige domstoler ha meget stor betydning. Dette følger av homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalen³⁵ og EØS-avtalen artikkel 6. EØS-avtalen artikkel 6 innebærer en forpliktelse til å tolke EØS-avtalens bestemmelser, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten, i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før undertegning av EØS-avtalen. Hva gjelder avgjørelser fra EF-domstolen som er avsagt etter underskrivelse av EØS-avtalen, har EFTA-landene seg i mellom forpliktet EFTA-domstolen også å ta ”tilbørlig hensyn” til nyere praksis fra EF-domstolen ved tolkning av EØS-avtalen, jfr. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA)

³⁴ I motsetning til ved anvendelsen av konkurranseloven § 11, er det et krav for at EØS-avtalen artikkel 54 skal komme til anvendelse, at det dominerende foretaks adferd kan påvirke samhandelen mellom avtalepartene, jfr. EØS-avtalen artikkel 54 første ledd. Samhandelskriteriet blir ikke videre behandlet, men forutsettes oppfylt. Se Kolstad og Ryssdal (2007), s. 199-225 om kriteriet.

³⁵ Se EØS-avtalens fortale avsnitt 16 og artikkel 1.

artikkel 3 nr 2. I praksis vil dette indirekte forplikte nasjonale domstoler til å ha samme tilnærningsmåte.³⁶

Den norske bestemmelsen i konkurranseloven § 11 må forståes i samsvar med artikkel 54 i EØS-avtalen, og praksis fra EF-domstolen får dermed også stor betydning for forståelsen av den norske bestemmelsen. Konkurranseloven § 11 ble laget etter modell fra EØS-avtalen artikkel 54, og det fremgår eksplisitt i forarbeidene til bestemmelsen at praksis fra EF-domstolen vil være viktige tolkningsmomenter ved fastleggelsen av rekkevidden til forbudsbestemmelsen i den norske loven. En del av formålet med innføringen av likelydende regler i den norske loven som i EØS-avtalen, var å harmonisere de norske reglene med disse. Det fremgår også av forarbeidene at konkurranseloven § 15 jfr. Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. 5.mars 2004 nr.11 (EØS-konkurranseloven) § 7, må føre til at rettspraksis fra EF-retten må veie tungt ved anvendelsen av den norske forbudsbestemmelsen.³⁷

På området for opphavsrettslige lisensnektelser, har EF-domstolen og Førsteinstansretten utviklet en lære om hvordan disse vurderes, dersom de antas å stride mot regelen om misbruk av dominerende stilling i EF-traktaten artikkel 82. I *Microsoft* vurderte Førsteinstansretten Microsofts nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon opp mot denne læren utviklet under artikkel 82 (b). Microsoft har ikke anket dommen til EF-domstolen, og Førsteinstansrettens avgjørelse er rettskraftig.³⁸ Misbruksbestemmelsens anvendelse på opphavsrettslige lisensnektelser må altså søkes i praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten. Fordi EF-domstolen og Førsteinstansrettens avgjørelser er tungtveiende faktorer i tolkningen av bestemmelsen i EØS-avtalen og bestemmelsen i den norske

³⁶ Se Rt. 1997 s. 1954 (s. 1960) der Høyesterett uttaler at også nyere praksis ”vil være sentrale rettskilder” og i Rt. 2002 s. 391 der Høyesterett viste til førstnevnte dom og uttalte at det er på det rene at ”slik senere praksis uansett skal tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov.”

³⁷ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) punkt 6.6.1.

³⁸ I henhold til artikkel 56 i Protokoll nr 6 vedrørende statutt for Domstolen er ankefrist to måneder fra forkynnelse.

konkurranseloven, vil Førsteinstansrettens tilnærming til interoperabilitetsspørsmålet i *Microsoft* være førende for tilnærmingen til samme type forhold under konkurranseloven § 11 jfr. EØS-avtalen artikkel 54.

1.4.4 Forholdet mellom bestemmelsene

Det er, som sagt, ikke nødvendigvis en konflikt mellom opphavsrettens og konkurranserettens målsetninger,³⁹ men til tross for dette, kan *utøvelse* av en enerett utgjøre et misbruk av dominerende stilling, jfr. EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven § 11.⁴⁰

Den konkurranserettslige regel ligger på et høyere nivå i rettskildehierarkiet både i EU, hvor den konkurranserettslige hjemmel inngår i EF-traktaten (artikkel 82) og beskyttelse av datamaskinprogrammer fremgår av Softwaredirektivet som utgjør en del av sekundærlovgivningen,⁴¹ og i norsk rett, der den konkurranserettslige inngrepshjemmel er forankret i hoveddelen i EØS-avtalen, mens beskyttelsen av programmer i åndsverkloven er en implementering av et direktiv inntatt i vedlegg til avtalen. Det følger av homogenitetsmålsetningen at konflikt mellom bestemmelser i avtalens hoveddel og bestemmelser i norsk rett som tjener til å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv inntatt i vedlegg, må løses på samme måte som motstriden løses innenfor felleskapsretten.⁴² Dersom Softwaredirektivet artikkel 6 og åndsverkloven § 39i ikke gir tilstrekkelig interoperabilitet til å ivareta konkurransemålsetningen i Traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54 jfr. konkurranseloven § 11, vil et konkurranserettslig inngrep kunne skje fordi utøvelsen av eneretten, her tilbakeholdelse av interoperabilitetsinformasjon, da strider mot de konkurranserettslige reglene. Dette til tross for at tilbakeholdelse av informasjonen

³⁹ Rognstad, kapittel 5.3.

⁴⁰ Det er bare *utøvelse* av en enerett som antas å kunne utgjøre et misbruk av dominerende stilling, ikke enerettens *eksistens*, jfr. Sak 262/81, *Coditel*, Sml. 1982 s. 3381, avsnitt 19-20. Se Kolstad og Ryssdal (2007) s. 568-570 om skillet.

⁴¹ *EØS-rett* (2004), s. 211. Se for øvrig Softwaredirektivets fortale avsnitt 27.

⁴² *EØS-rett* (2004), s. 249 jfr. s. 211.

er i tråd med den beskyttelse som opphavsretten gir informasjonen.⁴³ Konkurranseretten kan således overprøve opphavsrettens egen internrettslige regulering av interoperabilitetsproblemet. Man får dermed en slags parallell regulering av samvirkespørsmålet i to forskjellige systemer, hvorav det ene – konkurranseretten – kan ”slå i hjel” den interne reguleringen i det andre – opphavsretten – både på nasjonalt nivå og i EU, forutsatt at rettighetshaveren er et dominerende foretak.⁴⁴

2 Åndsverkloven § 39i

2.1 Innledning

Som en del av implementeringen av Softwaredirektivets bestemmelser i norsk rett, fikk vi regelen i åndsverkloven § 39i som hjemler en rett til dekompilering, det vil si ”å fremstille eksemplar av et datamaskinprograms kode og å oversette kodens form”, jfr. bestemmelsens første ledd.⁴⁵ Bestemmelsen bygger altså på det utgangspunkt at dekompilering er forbudt. I henhold til åndsverkloven § 2 tilligger retten til eksemplarframstilling i utgangspunktet rettighetshaver selv. Det er kun dersom prosessen gjøres med den hensikt å oppnå interoperabilitet, at bestemmelsen åpner for en adgang til å dekompile.⁴⁶ Det fantes ingen adgang til dekompilering i norsk rett før bestemmelsen i § 39i ble tilført åndsverkloven i 1992.

Dekompilering innebærer at man oversetter datamaskinprogrammets maskinlesbare objektkode/maskinkode, som består av ettall og nuller, tilbake til den menneskelesbare

⁴³ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 568.

⁴⁴ Konkurranseloven § 11 jfr. EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82 rammer bare dominerende foretak, jfr. bestemmelsenes ordlyd.

⁴⁵ Jeg legger i denne fremstillingen til grunn at dekompilering, ”reverse engineering” og omvendt utvikling er sammenfallende begreper, jfr. Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.2 og punkt 3.4.6.1 og Wagle og Ødegaard (1997), s. 266. For omvendt: se Bjerke (1994), s. 4 som nyanserer.

⁴⁶ § 39i første ledd.

kildekode, i programmeringsspråk. Prosessen er altså et teknisk forsøk på å gå bakover i utviklingsprosessen av produktet – fra det ferdige produkt. Programmer skrives i utgangspunktet i programmeringsspråk, men blir deretter oversatt/kompilert til objektkode/maskinkode av en kompilator, som er et spesielt datamaskinprogram, slik at det blir leselig for maskinen. Selv om kompilering av kildekoden til maskinkode er en relativt enkel prosess, er den omvendte utviklingen, fra maskinkode til kildekode, langt mer komplisert teknisk sett.⁴⁷

Bakgrunnen for bestemmelsen om dekompilering er at omsetningen av datamaskinprogrammer stort sett skjer i objektversjon som er uleselig for mennesker. Programmet i objektversjon er en utgave av programmet på lik linje med programmet i kildeform. At programmet omsettes i objektversjon betyr imidlertid at de underliggende ideene, prinsippene og metodene for programmets oppbygning ikke kommer til uttrykk.⁴⁸ Det hindrer menneskelig tilgjengelighet. Det vil dermed kunne være umulig å trekke de ubeskyttede elementene ut av et datamaskinprogram uten å fremstille eksemplarer av programmet.⁴⁹

Begrunnelsen for det vernet som åndsverkets uttrykk (her: datamaskinprogrammets uttrykk) har fått gjennom opphavsrettslovgivningen, er delvis at andre kan gjøre seg kjent med det beskyttede verket og ”benytte det på en slik måte at nye og selvstendige verk oppstår”, jfr. åndsverkloven § 4. Det at man ved rettmessig bruk av et datamaskinprogram, ikke kan lese det og lære hvilke ideer og prinsipper som ligger bak løsningen av ulike oppgaver, kan hevdes å forrykke balansen mellom rettighetshaver og allmennheten som ellers ligger til grunn for opphavsretten. Rettighetshavers enerett balanseres i utgangspunktet med allmennhetens tilgang til underliggende ideer og prinsipper som da kan brukes til innovasjon. Beskyttelsen skal ikke sperre for å utvikle nye selvstendige

⁴⁷ Andersen (2005), s. 393. Se kapittel 3.5.3.

⁴⁸ Norsk lovkommentar note 79 til § 39i ved Ole-Andreas Rognstad.

⁴⁹ Bjerke (1994), s. 2.

produkter i henhold til prinsippet i åndsverkloven § 4.⁵⁰ Dette prinsippet begrunner en rett til dekompilering slik at nettopp nye og selvstendige programmer *kan* utvikles ved benyttelse av det beskyttede programs underliggende ideer og prinsipper.⁵¹ I og med at programmer omsettes i uleselig form, er man avhengig av å foreta en omvendt utvikling for å kunne forstå den bakenforliggende logikken til programmet.⁵²

I henhold til forarbeidene til § 39i, er formålet med bestemmelsen ”å gjøre det mulig å forbinde alle komponenter i et edb-system, også komponenter av forskjellige fabrikat, for at de skal kunne arbeide sammen.”⁵³ Regelens hovedformål er å fremtvinge at produsenter gjør kjent hvordan andre produsenter kan oppnå funksjonelt samvirke med vedkommendes programmer.⁵⁴ På denne måten blir produsenter bedre i stand til å konkurrere på datamaskinprogrammarkedene, der samvirke med andre virksomheters programmer kan være av avgjørende konkurransemessig betydning. Bestemmelsen kan altså bidra til å avhjelpe den konkurransebegrensende effekt det opphavsrettslige vern av datamaskinprogrammer vil kunne ha.

Adgang til dekompilering er ikke betinget av opphavsmannens samtykke og er tillatt selv om det kan innebære et inngrep i opphavsretten etter åndsverkloven § 2 (blant annet enerett til bearbeiding).⁵⁵ Fordi dekompilering innebærer en viss risiko for ulovlig plagiering og kopiering av beskyttede programmer, er det i bestemmelsen satt strenge kriterier for adgangen til dekompilering og bruken av den informasjon dekompileringsprosessen leder frem til.⁵⁶

⁵⁰ Bing (1999), s. 284.

⁵¹ Norsk lovkommentar note 79 til § 39i ved Ole-Andreas Rognstad.

⁵² Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3.

⁵³ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3. og Softwaredirektivets fortale avsnitt 23.

⁵⁴ Norsk lovkommentar note 79 til § 39i ved Ole-Andreas Rognstad.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3., Softwaredirektivets fortale og artikkel 4(1): ”Uden at dette berører bestemmelseerne i artikel 5 og 6, skal den eneret, som tilkommer rettighedshaveren som defineret i artikel 2, omfatte ret til at foretage eller tillade (...)”.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3.

Bestemmelsen er resultatet av en avveining mellom rettighetshavers enerett på den ene siden, og på den andre siden en konkurransemessig interesse i å forsøke å unngå at eneretten til et enkelt verk de facto forvandler seg til en enerett også til forskjellige typer av omkringliggende verker i form av for eksempel tilbehør.⁵⁷ Hvis ikke andre aktører har tilgang til informasjon om et programs grensesnitt, kan opphavsmannen i realiteten oppnå en enerett også for andre programmer. Dette kan, avhengig av programmets utbredelse, resultere i en meget omfattende enerett.⁵⁸ En tillatelse til dekompilering i interoperabilitetsøyemed er åndsverklovens og Softwaredirektivets løsning på dette. Det ligger en konkurransemessig avveining i og med reguleringen, og budskapet med den internrettslige regelen er at en nettopp ikke ønsker å akseptere at beskyttelsen av et program sniker seg over til å beskytte også andre programmer. Det er som vi etter hvert skal se samme tankegang som ligger bak Førsteinstansrettens inngrep overfor Microsoft med hjemmel i misbruksbestemmelsen i EF-traktaten artikkel 82. Her må det imidlertid i hvert konkrete tilfelle vurderes hvorvidt konkurransen begrenses til skade for forbrukernes interesser ved en nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon, eller ei.⁵⁹

Dekompilering innenfor de grensene regelen setter er, i henhold til Softwaredirektivets fortale, ansett å være i tråd med god forretningsskikk.⁶⁰ Innføringen av bestemmelsen i Softwaredirektivet var imidlertid preget av stor diskusjon, og regelen bærer preg av å være et kompromiss mellom de som ønsket et absolutt forbud og de som ønsket en nærmest ubegrenset rett til dekompilering – mellom et ønske om eksklusivitet og et ønske om

⁵⁷ Andersen (2005), s. 394.

⁵⁸ Schovsbo (1997), s. 30.

⁵⁹ Til forhistorien til dekompileringsregelen hører en artikkel 82 sak vedrørende IBM i 1980-årene. Saken endte med en frivillig avtale mellom selskapet og Kommisjonen om at IBM skulle gi sine konkurrenter opplysninger om innholdet i visse programmers grenseflater slik at det kunne utvikles kompatible konkurrerende programmer med IBM. For en fremstilling av saken, se Vickers (2008) og *The EC Law of Competition* (2007), s. 1293-1294.

⁶⁰ Softwaredirektivets fortale avsnitt 22.

åpenhet.⁶¹ For å fylle sin rettpolitiske funksjon på best mulig måte, er dekompileringsbestemmelsen naturlig nok preseptorisk.⁶²

Jeg vil i det videre redegjøre for de vilkår regelen i åndsverkloven oppstiller for at dekompilering av et program er tillatt. Jeg går ikke inn i tekniske detaljer rundt dekompilering, da det er regelens system på et mer overordnet nivå jeg ønsker å belyse – hvordan hensynet til allmennhetens interesse i tilgjengeliggjøring og hensynet til rettighetshaver som har investert i programutvikling, markedsføring og distribusjon, er balansert i bestemmelsens vilkår.⁶³

2.2 Krav til formålet med dekompilering

2.2.1 Innledning

Etter § 39i første ledd er det et vilkår at formålet med dekompilering er å ”oppnå funksjonelt samvirke mellom et selvstendig utviklet datamaskinprogram og andre programmer.” Det er altså en forutsetning at dekompilering skjer i interoperabilitetsøyemed. Dette betyr at det for eksempel ikke kan dekompileres i forskningsøyemed, med henblikk på å rette feil, eller med henblikk på å kopiere det opprinnelige program. Dekompilering kan altså bare skje under særlige omstendigheter. En slik begrensning i adgangen søker å ivareta hensynet til rettighetshaveren i og med at eksemplarframstilling av hans program i utgangspunktet tilligger hans enerett, jfr. åndsverkloven § 2. Det er kun for å oppnå formålet med innføringen av bestemmelsen – at datamaskinprogrammer skal kunne virke sammen – at det altså åpnes for dekompilering.⁶⁴

⁶¹ Lehmann (1994), s.95-96. Diskusjonen rundt innføringen av dekompileringsbestemmelsen i direktivet behandles i Vinje (1992). Det vises til en rekke artikler publisert i forbindelse med debatten, se Vinje (1992), s. 75 note 6. Se også Palmer og Vinje (1992), s. 65-78.

⁶² § 39i tredje ledd.

⁶³ For en detaljert fremstilling om dekompilering av datamaskinprogrammer, se Bjerke (1994).

⁶⁴ Ot.prp. nr 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3. jfr. Softwaredirektivets fortale avsnitt 23.

2.2.2 Krav til det programmet man ønsker at skal samvirke

For at man rettmessig kan dekompile et program, kreves det at det programmet man ønsker at skal samvirke, er ”et selvstendig utviklet datamaskinprogram”, jfr. ordlyden i § 39i første ledd. Av ordlyden går det altså eksplisitt frem at programmet må være utviklet på egen hånd. En slik formulering poengterer at en i utviklingen av det program en ønsker skal samvirke, må respektere beskyttelsen av originalprogrammet.

Spørsmålet er om det er mer enn dette som kreves av programmet en ønsker at skal samvirke. Det har vært hevdet i teorien at ordlyden i bestemmelsen ”et selvstendig utviklet program” tilsier at det må dreie seg om et individualisert og allerede utviklet program som man ønsker at skal samvirke med et annet. Ut i fra en slik forståelse kan man ikke dekompile et program for å skaffe tilveie interoperabilitetsinformasjon, for deretter å utvikle et ”passende” program i fremtiden. Oppfatningen bygger på at det må foreligge et konkret behov for dekompilering fordi formålet ikke skal være å samle ideer til et eget samvirkende program.⁶⁵ Et slikt krav vil bidra til å redusere faren for plagiering og kopiering og beskytter det opprinnelige åndsverk mot faren for krenkelse. Spørsmålet som etter en slik oppfatning i så fall må reises, er hvor langt i utviklingsprosessen et program må ha kommet, for at det kan ansees som ”et selvstendig utviklet” program. Det kan hevdes at det iallfall bør kreves at programutviklingen er på et slikt nivå at en kan påvise nødvendigheten av dekompilering og på den andre siden at det ikke er nødvendig å kreve at programmet er helt ferdig utviklet.⁶⁶

Mot den oppfatning at det må foreligge et konkret program for at dekompilering kan utføres, taler uttalelser i forarbeidene til bestemmelsen. I Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3. uttales følgende om forståelsen av bestemmelsen:

”Ideer og prinsipper er som sådan ikke opphavsrettslig beskyttet. Det er kun deres uttrykk som er beskyttet av enerettighetene. Andre produsenter som ved hjelp av

⁶⁵ Bjerke (1994), s. 103 og *Concise European Copyright Law* (2006), s. 230.

⁶⁶ Bjerke (1994), s. 103.

nevnte analyse blir kjent med grensesnittets prinsipper, vil derfor kunne benytte seg av disse prinsipper *til utvikling* av egne, selvstendige edb-produkter.” (Min uth.).

I følge forarbeidene kreves det altså ikke at det programmet man ønsker at skal samvirke allerede er utviklet, eller på god vei utviklet, på det stadiet da dekompilering forsøkes gjennomført. Det følger av et av opphavsrettens grunnprinsipper at ideene og prinsippene bak grensesnittet ikke er beskyttet og således kan brukes i utviklingen av nye programmer.⁶⁷ I henhold til dette mener jeg det vil være å gå for langt å slutte fra ordlyden at det på grunn av den bestemte form ”*et*” må foreligge et konkret program for at dekompilering kan skje. Det sentrale må være hvorvidt det nye programmet er utviklet på selvstendig basis eller ikke – ikke når dette skjer, hvorvidt formålet med dekompileringen er interoperabilitet, og at informasjonen som fremkommer anvendes i tråd med dette formålet og ikke til krenking av det eksisterende program.⁶⁸

2.2.3 Krav til et formål om å oppnå samvirke mellom det selvstendig utviklede program og andre programmer

I henhold til ordlyden i § 39i første ledd, kan man dekompile ”for å oppnå funksjonelt samvirke mellom et selvstendig utviklet datamaskinprogram og *andre programmer*” (min uth.). I henhold til ordlyden må formålet med dekompileringen være interoperabilitet med andre programmer uten at det blir presisert nærmere hvilke programmer som omfattes. Softwaredirektivet artikkel 6(1) har samme åpne formulering. Formuleringen av bestemmelsen på dette punkt, reiste stor debatt i forbindelse med vedtakelsen av direktivet, fordi den reiser viktige konkurransemessige spørsmål.⁶⁹ Løsningen som ble valgt, ble ansett mer kontroversiell enn noe annet i direktivet og var en av hovedårsakene til den intense diskusjonen.⁷⁰

⁶⁷ Softwaredirektivet artikkel 1(2). Se også Rognstad, kapittel 6.3.3. ix.

⁶⁸ Se § 39i andre ledd om hvordan fremkommet informasjon kan brukes. Se kapittel 2.6.

⁶⁹ Se Vinje (1992), s. 82-85 om direktivets formulering på dette punkt og debatten formuleringen reiste. Se s. 82 note 42 for henvisninger til fremstillinger som særlig behandler spørsmålet om konkurranse mellom det selvstendig utviklede programmet og det dekompilerte originalprogrammet.

⁷⁰ Andersen (2005), s. 396.

Spørsmålet som formuleringen reiser, er om bestemmelsen må forstås slik at det bare kan dekompileres med sikte å oppnå samvirke mellom det selvstendig utviklede programmet og det dekompilete program, eller om et program også kan dekompileres for å oppnå samvirke mellom det selvstendige utviklede program og andre programmer enn det dekompilete. Tolkningen har stor betydning for rettighetshavers interesse i at ikke informasjonen benyttes til å utvikle konkurrerende produkter til hans originalprogram.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det selvstendig utviklede programmet kan være et konkurrerende program til det programmet som dekompileres, altså et som tilbys i samme marked, så vel som et program i et annet marked, jfr. den åpne formuleringen ”andre programmer”.

I teorien har det imidlertid vært diskutert hvordan bestemmelsen må forstås. Andersen hevder at dekompilering tillates når den utføres med henblikk på å skape interoperabilitet mellom det dekompilete program og det selvstendig utviklede programmet – altså i en situasjon hvor programmene stort sett ikke er konkurrerende.⁷¹ Vinje uttrykker på sin side at formuleringen som ble valgt i direktivet, nettopp innebærer at dekompilering kan utføres for å utvikle konkurrerende programmer og da med den hensikt å samvirke med andre programmer enn det originale.⁷² Det kan i denne sammenheng også nevnes at etter vedtakelsen av direktivet, uttrykte Kommisjonen eksplisitt i sin Twentieth Report on Competition Policy (1991) at et program utviklet ved dekompilering “may compete with the decompiled program and in such cases will not normally connect to it”⁷³. Forarbeidene til åndsverkloven § 39i gir ingen veiledning med tanke på hvordan bestemmelsen må forstås på dette punkt.

⁷¹ Andersen (2005), s. 393.

⁷² Forslag om en formulering som innebar at man bare kunne dekompile et program for å oppnå samvirke med dette programmet ble fremmet under prosessen med å utarbeide Softwaredirektivet. Se Vinje (1992), s. 82.

⁷³ Kommisjonens Twentieth Report on Competition Policy (1991, del II, kapittel 1.4. (g).

At det kan dekompileres uavhengig av hvilket program man ønsker å samvirke med, stemmer overens med formålet bak bestemmelsen i § 39i – nemlig å gjøre det mulig å forbinde *alle* komponenter i et edb-system, også av ulike produsenter, slik at de kan arbeide sammen.⁷⁴ Selv om det har vært diskusjon rundt hvordan bestemmelsen på dette punkt skulle forstås, må regelen forstås på bakgrunn av den valgte formuleringen i direktivet og i åndsverkloven, formålet bak dekompileringsregelen og også det alminnelige opphavsrettslige prinsipp om at et åndsverk kan benyttes for å skape nye og selvstendige verker, jfr. åndsverkloven § 4. Den opphavsrettslige beskyttelse er ikke ment å sperre for utvikling av nye produkter – uavhengig av hvilket marked de nye produktene tilbys i. Det sentrale må være at de er selvstendig utviklet, jfr. ordlyden i § 39i første ledd.

Behovet for å gi en særregel om tillatelse for dekompilering for datamaskinprogrammer, er nettopp at de bakenforliggende ideene og prinsippene er skjult. Det er grunn til å hevde at en videre begrensning enn det som følger av dette prinsipp ikke bør innfortolkes i bestemmelsen. En videre begrensning i anvendelsen av opplysninger enn det som følger av opphavsrettens grunnprinsipper, må i så fall baseres på konkurranserettslige prinsipper.⁷⁵ Ut i fra dette må det konkluderes med at bestemmelsen må forstås som at det kan dekompileres også med det formål å oppnå interoperabilitet med andre programmer enn originalprogrammet.

En slik forståelse av regelen innebærer at man, med hjemmel i bestemmelsen, kan dekompile et konkurrerende program med det formål å bruke opplysningene til å oppnå samvirke med programmer i andre markeder. Det en da ønsker å vite er hvordan kommunikasjonen mellom originalprogrammet og tilgrensende programmer skjer og dra nytte av denne informasjonen for selv å kunne samvirke med tilgrensende programmer. Dette kan illustreres med et eksempel: Operativsystem A interopererer med applikasjon X. Produsenten av operativsystem B ønsker også interoperabilitet med X. Han kan da ut i fra formuleringen i åndsverkloven § 39i første ledd dekompile det konkurrerende

⁷⁴ Softwaredirektivets fortale avsnitt 23.

⁷⁵ Se Riis (2001), s. 57.

operativsystem A med det formål å selv oppnå samvirke med X. En dekompilering av operativsystem A vil gi informasjon om grensesnittinformasjonen som stilles til rådighet for X. Grensesnittinformasjonen kan så implementeres selvstendig i operativsystem B slik at det også blir i stand til å interoperere med X. En slik mulighet utfordrer rettighetshaveren til originalprogrammet konkurransemessig på markedet for dette programmet. Jo flere programmer som kan samvirke med ditt program, jo mer vil interessen for ditt program øke.⁷⁶ Det sier seg dermed selv at rettighetshaver vil utfordres ved at konkurrenter dekompilerer hans program for å øke antall program som vil virke sammen med deres programmer.

Begrensningen regelen gir på dette punkt er dermed at interoperabilitet må være formålet med dekompileringsprosessen – uavhengig av hvilket program det søkes samvirke med. Bestemmelsen tillater ikke at en utvikler dekompilerer et program bare fordi vedkommende generelt sett ønsker å utvikle et konkurrerende program uavhengig av interoperabilitet. En kan ikke dekompile et program bare for å avsløre de underliggende ideene og deretter implementere disse ideene i et konkurrerende program.⁷⁷

Som jeg kommer tilbake til i kapittel 3.4, under drøftelsen av tilgang til interoperabilitetsinformasjon med hjemmel i konkurranseretten, er det et krav for inngrep i eneretten med hjemmel i konkurranserettens regler at programmet en ønsker at skal samvirke, tilbys i et annet programmarked enn det programmet en ønsker samvirke med. Det selvstendig utviklede programmet kan i den sammenheng med andre ord ikke være et konkurrerende program til ”originalprogrammet”. Slik sett har dekompileringsregelen i åndsverkloven et videre anvendelsesområde fordi en kan dekompile et program med den hensikt å oppnå samvirke med et hvilket som helst program i et hvilket som helst programmarked.

⁷⁶ På grunn av de såkalte nettverkseffekter. Se Whish (2003), s. 9-10.

⁷⁷ Palmer og Vinje (1992), s. 81.

2.3 Nødvendighetskravet

2.3.1 Innledning

I henhold til ordlyden i § 39i første ledd kan man kun dekompile et program ”når dette er en *forutsetning* for å skaffe til veie de opplysninger som er *nødvendige* for å oppnå *funksjonelt samvirke* mellom et selvstendig utviklet datamaskinprogram og andre programmer” (min uth.). Adgangen til dekompilering er med andre ord nokså snever.

Formuleringen i bestemmelsen legger opp til en totrinnsvurdering: For det første må det tas stilling til hvilken grad av samvirke bestemmelsen legger opp til og hvilke opplysninger som er nødvendige for å oppnå denne graden. For det andre må det tas stilling til om dekompilering er en forutsetning for å få tak i den nødvendige informasjonen, eller om samvirke kan oppnås på annet vis.⁷⁸ Bestemmelsen opererer således med et slags dobbelt nødvendighetskrav.⁷⁹

2.3.2 ”Funksjonelt samvirke”

I henhold til åndsverkloven § 39i, kan en dekompile for å skaffe til veie opplysninger som er nødvendige for å oppnå ”funksjonelt samvirke”. Spørsmålet er hva som ligger i ”funksjonelt samvirke”. Interoperabilitet er et gradsspørsmål, og for å kartlegge hva som er nødvendig informasjon, kreves det en fastleggelse av hva som ligger i funksjonelt samvirke – målestokken for den innholdsmessige nødvendigheten av informasjonen.

Ordlyden gir en viss veiledning ved at det angis at en kan dekompile for å få tilgang til informasjon som er nødvendig for å oppnå ”funksjonelt” samvirke. Bestemmelsens ordlyd gir på dette punkt noe mer veiledning enn formuleringen i Softwaredirektivet artikkel 6(1):

⁷⁸ Som vi skal se i kapittel 3.5 er den totrinnsvurderingen som Førsteinstansretten legger opp til under nødvendighetskravet i læren om opphavsrettslige lisensnektelser i *Microsoft* ikke ulik vurderingen av nødvendighetskravet som oppstilles under § 39i. Først taes det stilling til hvilken grad av samvirke som kan kreves med hjemmel i artikkel 82, deretter om avsløring av den nektede informasjonen er uunnværlig for å oppnå denne graden av interoperabilitet.

⁷⁹ Bjerke (1994), s. 104.

”nødvendig for å tilvejebringe interoperabilitet”. Synonymt med at noe skal være funksjonelt, er at det skal være formålstjenlig eller hensiktsmessig.⁸⁰ Formålet med en rett til dekompilering, er nettopp å forbinde komponenter i et datamaskinsystem slik at de kan fungere sammen, uavhengig av produsent.⁸¹ Det ligger i dette at det man ønsker å fremme er at komponentene arbeider sammen på best mulig måte. Bjerke formulerer dette som at man må innfortolke et kvalitetskrav i bestemmelsen – at det man ønsker oppnå med bestemmelsen og dermed må kunne kreve tilgang til med hjemmel i regelen, er informasjon som er nødvendig for å oppnå ”samvirke av tilfredsstillende kvalitet og effektivitet”.⁸² At en formålstjenlig grad av interoperabilitet må legges til grunn, må prege den vurderingen en gjør av informasjonens innholdsmessige nødvendighet – den må da ikke bli for streng.

2.3.3 Krav til informasjonens innholdsmessige nødvendighet

Ut i fra ordlyden, kan man med hjemmel i bestemmelsen, kun skaffe tilveie de opplysninger som er ”nødvendige” for å oppnå funksjonelt samvirke, jfr. § 39i første ledd. Som presisert, må vurderingen av informasjonens innholdsmessige nødvendighet preges av at det samvirke som etterstrebes oppnådd er på et høyt nivå, både kvalitetsmessig og effektivitetsmessig.

Bestemmelsen gir ingen teknisk angivelse med hensyn til hva slags informasjon man med hjemmel i bestemmelsen kan forsøke å skaffe til veie ved dekompilering. Det gjør heller ikke Softwaredirektivet artikkel 6(1), som har samme formulering.⁸³ Ordlyden har snarere en formålsrettet avgrensning av hva bestemmelsen hjemler tilgang til; nemlig den informasjon som i det konkrete tilfellet er nødvendig for å oppnå funksjonelt samvirke. Slik sett fremstår bestemmelsen som dynamisk. Det kreves dermed at det må foretas en konkret vurdering av hva som teknisk sett er nødvendige opplysninger i hvert enkelt tilfelle. En slik dynamisk og formålsrettet tilnærming kan være hensiktsmessig for å ivareta regelens

⁸⁰ Norsk synonymordbok (www.ordnett.no)

⁸¹ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3. jfr. Softwaredirektivets fortale avsnitt 23.

⁸² Bjerke (1994), s. 106.

⁸³ ”skaffe de opplysninger som er *nødvendige* for at tilvejebringe interoperabilitet (...)”.

formål og gjøre den mer anvendbar, nettopp fordi hva som trengs tilgang til av teknisk informasjon er av varierende art og omfang avhengig av karakteristikken av de programmer som er tenkt å samvirke. Det er dermed hvilken grad av interoperabilitet som ligger i ”funksjonelt samvirke” som må styre vurderingen av opplysningenes innholdsmessige nødvendighet.

Nødvendig informasjon knytter seg naturlig nok til de deler av originalprogrammet som er antatt nødvendig å dekompile for å oppnå interoperabilitet, se åndsverkloven § 39i første ledd litra c.⁸⁴ Hvilke deler av originalprogrammet som kan dekompileres med hjemmel i bestemmelsen, behandles i kapittel 2.4. Selv om bestemmelsen ikke gir særlig veiledning med tanke på hva som er nødvendige opplysninger, vil en iallfall motsetningsvis kunne si at annen informasjon enn det som er antatt å rimeligvis være nødvendig, må man unngå. Oppfatningen om at en må unngå det helt unødvendige, gjør seg også gjeldende i forbindelse med bestemmelsens første ledd litra c som regulerer hvilke deler av programmet som kan dekompileres med hjemmel i bestemmelsen.

Spørsmålet om hva som er nødvendig informasjon med tanke på å oppnå interoperabilitet, var et av spørsmålene som var oppe i *Microsoft*. Partene var uenige om hvilken grad av interoperabilitet som skulle legges til grunn og dermed om hva slags informasjon som var nødvendig. Et av spørsmålene som var oppe var hvorvidt samme grad skulle legges til grunn for vurderingen etter Softwaredirektivet og EF-traktaten artikkel 82.

Førsteinstansretten tok ikke stilling til dette, da de påpekte at artikkel 82 var en bestemmelse av høyere rang og at det var formålet med denne regelen som måtte styre vurderingen, og ikke konsistens med Softwaredirektivet. Retten påpekte imidlertid at den høye graden av interoperabilitet som kunne kreves i saken, for så vidt var konsistent med Softwaredirektivet.⁸⁵ Dette styrker det poeng at direktivet skal fremme interoperabilitet på et høyt effektivt og kvalitetsmessig nivå.

⁸⁴ *Concise European Copyright Law* (2006), s. 231.

⁸⁵ *Microsoft* avsnitt 227. Se kapittel 3.5.

2.3.4 "Forutsetning" – krav til nødvendigheten av dekompilering

2.3.4.1 Innledning

I henhold til ordlyden i § 39i første ledd, kan man bare dekompile dersom det er en "forutsetning" for å fremskaffe de opplysninger som er nødvendige for å oppnå funksjonelt samvirke. Verken den norske bestemmelsen eller direktivbestemmelsen gir videre veiledning med tanke på hva som ligger i kriteriet. Det er ut i fra en naturlig forståelse av ordlyden, bare i de tilfeller der nødvendig informasjon til å oppnå funksjonelt samvirke ikke kan fremskaffes på andre måter enn ved dekompilering, at dekompilering kan skje. At dekompilering må være en forutsetning, bidrar til å beskytte enerettshaveren mot inngrep i hans enerett som ikke er nødvendige for å oppnå interoperabilitet. Vilkåret innebærer en innsnevring med tanke på i hvilke tilfeller en kan dekompile et program med hjemmel i bestemmelsen, og setter et krav til at brukeren uttømmer andre måter å oppnå interoperabilitet på, før han dekompilerer programmet.

I teorien er det hevdet at forutsetningsspørsmålet ikke vil reise problemer i praksis fordi dekompileringsprosessen krever stor grad av kyndighet, tid og økonomiske ressurser, og at aktører dermed ikke vil ty til metoden med mindre prosessen nettopp er en forutsetning for å fremskaffe nødvendige opplysninger.⁸⁶ Til tross for at det kan hevdes at kravet er teoretisk, finner jeg grunn til å peke på to situasjoner der dekompilering ikke kan anses å være en forutsetning for å oppnå tilgang til nødvendig informasjon.

2.3.4.2 Nødvendige opplysninger har tidligere vært tilgjengelige

Dersom nødvendige opplysninger med tanke på å oppnå funksjonelt samvirke, tidligere har vært tilgjengeliggjort, vil ikke dekompilering anses å være en forutsetning for å skaffe tilveie opplysningene. Dette følger av en naturlig forståelse av forutsetningsbegrepet. Man har dermed heller ikke lenger adgang til å skaffe de i utgangspunktet nødvendige opplysninger tilveie ved dekompilering. Ut i fra en formålsbetraktning, må dette dreie seg både om informasjon det går an å få tilgang til ved dekompilering, men som er tilgjengelig,

⁸⁶ Vinje (1992), s. 85.

men også annen nødvendig og tilstrekkelig informasjon om programmet til å oppnå funksjonelt samvirke, som er tilgjengeliggjort, for eksempel skriftlig dokumentasjon.

Selv om tidligere tilgjengelighet, ut i fra en naturlig forståelse av forutsetningsbegrepet, utelukker dekompilering, er det eksplisitt uttrykt i § 39i første ledd litra b at det er en forutsetning for adgang til dekompilering at ”de opplysninger som er nødvendige for å oppnå funksjonelt samvirke ikke tidligere har vært lett tilgjengelige for de i bokstav a) nevnte personer”⁸⁷. Det kan stilles spørsmålstegn ved hvorfor bestemmelsen inneholder en slik presiserende regel. Litra b kan hevdes å være en overflødig presisering av forutsetningsbegrepet. Er tilstrekkelig informasjon lett tilgjengelig, er det ikke lenger en forutsetning å dekompile for tilgang til nødvendig informasjon.⁸⁸ Som vi ser av ordlyden i litra b, er vilkåret subjektivt i den forstand at det retter seg mot noen spesielle personer. Det er altså hvorvidt informasjonen har vært lett tilgjengelig overfor den aktuelle personkrets som må vurderes – og ikke tilgjengelighet på generell basis.

Spørsmålet heretter blir hvor tilgjengelige opplysningene må være før adgangen til dekompilering hindres – altså hva som er å anse for ”lett tilgjengelig” i ordlydens forstand. En naturlig språklig forståelse av ordlyden i litra b tilsier at for at informasjonen må anses lett tilgjengelig må det ikke foreligge særskilte hindringer for tilgjengeligheten til informasjonen, det være seg tekniske, økonomiske, tidsmessige eller andre hindringer. Det tidsmessige aspektet får støtte i Softwaredirektivets formulering av vilkåret; at dekompilering ikke kan utføres dersom den nødvendige informasjonen har vært ”let og hurtig tilgjengelig”(min uth.)⁸⁹. Informasjon som enten er lagt ut på Internett eller som er vedlagt programmet selv, må i det minste anses å være lett tilgjengelig.⁹⁰ Vinje hevder at så lenge informasjon ikke er inntatt i lett tilgjengelig publisert dokumentasjon, så

⁸⁷ Se kapittel 2.5. for hvem som er de aktuelle personer.

⁸⁸ *Concise European Copyright Law* (2006), s. 231.

⁸⁹ Se Softwaredirektivet artikkel 6(1) (b).

⁹⁰ Rognstad, kapittel 22.7.3.

vil dekompilering måtte kunne skje.⁹¹ Bjerke antar at i de tilfeller dekompilereren har gjort et ærlig forsøk på å skaffe informasjonen ad annen vei uten hell, er det adgang til å dekompile.⁹²

Selv om retten til dekompilering er ment som en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor en programprodusent ikke har gjort nødvendig samvirkeinformasjon tilgjengelig, vil presset på produsentene med hensyn til å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon, ikke være så sterkt hvis man legger for strenge restriksjoner på retten til dekompilering ved å tolke tilgjengelighetskravet veldig strengt.⁹³ Et av hovedformålene bak bestemmelsen er nettopp å fremtvinge at produsenter gjør kjent hvordan andre produsenter kan oppnå funksjonelt samvirke med deres programmer.⁹⁴ Hvis en legger til grunn en for streng tolkning av tilgjengelighetskravet, risikerer en at formålet med bestemmelsen ikke ivaretas. At dekompilering ikke kan gjennomføres i de tilfeller informasjon på annen måte er tilgjengelig, betyr at opphavsmannen har mulighet til og incitament til å tilgjengeliggjøre aktuell samvirkeinformasjon for å hindre at andre kan dekompile det aktuelle programmet.⁹⁵ Regelens formål er å oppmuntre produsenter til å fremme samvirke. Hvorvidt opplysningene fortsatt regnes som lett tilgjengelige hvis rettighetshaver tar betaling for å tilgjengeliggjøre dem, er usikkert.⁹⁶

I henhold til ordlyden i litra b, kan det ikke dekompileres hvis informasjonen har vært "tidligere" tilgjengelig. Ut i fra dette kan det reises spørsmål om det kan kreves at den som vil dekompile, må henvende seg til rettighetshaver for å forhandle til seg informasjon, før han eventuelt starter å dekompile.⁹⁷ Praktisk sett kan det hevdes at det vil være til begge

⁹¹ Vinje (1992), s. 86.

⁹² Bjerke (1994), s. 107.

⁹³ Bjerke (1994), s. 105.

⁹⁴ Softwaredirektivets forale avsnitt 23 og Norsk lovkommentar note 79 til åndsverkloven § 39i ved Ole-Andreas Rognstad.

⁹⁵ Rognstad, kapittel 22.7.3.

⁹⁶ Andersen (2005), s. 397.

⁹⁷ *Concise European Copyright Law* (2006), s. 231.

parters fordel om man får informasjonen direkte fra kilden. Det er på bakgrunn av dette grunn til å anta at man ikke vil foreta en dekompilering uten først å ha tatt kontakt med produsenten av det program en ønsker å dekompile. Hvorvidt det er et krav er imidlertid usikkert.⁹⁸ Vinje mener at det, ut i fra formuleringen i bestemmelsen, ikke kan kreves at rettighetshaver blir kontaktet først, med den begrunnelse at et forslag om å innta en slik restriksjon eksplisitt i bestemmelsen, ble avslått ved innføringen av bestemmelsen i Softwaredirektivet.⁹⁹

Endelig kan det spørres om informasjon som ikke anses å ha vært ”lett tilgjengelig” og dermed faller utenfor litra b, likevel kan være tilstrekkelig tilgjengeliggjort til å hindre at dekompilering kan foretas fordi informasjonen er *så* tilgjengelig at dekompilering ikke lenger vil være en ”forutsetning” etter ordlyden i bestemmelsens første ledd. Forarbeidene gir ikke noe svar på tolkningsproblemet som første ledd lest i sammenheng med første ledd litra b byr på. Bestemmelsens formål tilsier imidlertid at man ikke bør tolke forutsetningskravet for strengt på dette punkt. Formålet er interoperabilitet og hvis det er tvil om hvorvidt nødvendig informasjon har vært lett nok tilgjengelig tidligere, taler formålsbetraktninger for at vurderingen bør gå i favør av den som ønsker å oppnå interoperabilitet. Som påpekt tidligere kan det hevdes at denne diskusjonen er noe teoretisk nettopp fordi dekompilering er en så omfattende prosess at en ikke vil ty til metoden hvis informasjonen er tilgjengelig på annet vis.¹⁰⁰

Endelig kan det påpekes at selv om informasjonen ikke har vært lett tilgjengelig, så må fortsatt dekompilering være en forutsetning for å oppnå samvirke for at dekompilering er lov.¹⁰¹ Som vi skal se i neste kapittel, vil dekompilering ikke være en forutsetning dersom det er andre mindre inngripende metoder å oppnå nødvendig informasjon på.

⁹⁸ Bjerke (1994), s. 108-109.

⁹⁹ Vinje (1992), s. 86.

¹⁰⁰ Vinje (1992), s. 85.

¹⁰¹ *Concise European Copyright Law* (2006), s. 231.

2.3.4.3 Andre mindre inngripende metoder å få tilgang til den nødvendige informasjonen på

Det følger av en naturlig forståelse av forutsetningsbegrepet at dersom det er andre mindre inngripende, men tilstrekkelige metoder å tilegne seg nødvendig samvirkeinformasjon på, så kan ikke lenger dekompilering anses som en forutsetning for å skaffe til veie den nødvendige interoperabilitetsinformasjonen.

I henhold til åndsverkloven § 39h tredje ledd kan ”den som har rett til å bruke et datamaskinprogram, i forbindelse med slik lesning, fremvisning på skjerm, kjøring, overføring eller lagring av programmet som brukeren er berettiget til å utføre, iaktta, undersøke eller prøve ut hvordan programmet virker for å fastslå ideene og prinsippene som ligger til grunn for de enkelte deler av programmet”. Analyser av ideer og prinsipper bak et grensesnitt kan altså foregå ved undersøkelser under selve kjøringen av datamaskinprogrammet, og dette er uttrykkelig tillatt, jfr. § 39h tredje ledd.¹⁰²

Bestemmelsen er en implementering av Softwaredirektivet artikkel 5(3). Tilgjengelig dokumentasjon og teknikkene tillatt med hjemmel i bestemmelsen i § 39h tredje ledd, gir imidlertid ikke alltid tilstrekkelig informasjon om et programs grensesnitt til å oppnå funksjonelt samvirke. Det er i en slik situasjon nødvendig med en mer omfattende adgang til informasjon, og en rett til å dekompile programmet innenfor rammene av i § 39i tillates.¹⁰³ I § 39h tredje ledd ligger det ingen begrensning med hensyn til formålet med analysen, i motsetning til hjemmelen i § 39i som kun tillater at dekompilering gjøres i interoperabilitetsøyemed. Dekompilering er en mer inngripende handling, og begrensningene er dermed strengere. Dersom tilstrekkelig samvirkeinformasjon til å oppnå funksjonelt samvirke kan fremskaffes gjennom de handlingene § 39h tredje ledd hjemler, eller ved hjelp av andre metoder, er ikke dekompilering lenger en forutsetning for å fremskaffe informasjonen og kan heller ikke gjennomføres med hjemmel i § 39i.

¹⁰² Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3.

¹⁰³ Vinje (1992), s. 81. Se Vinje (1992), s. 79-81 om artikkel 5(3) og Rognstad, kapittel 22.7.2 om § 39h tredje ledd.

Forutsetningskravet i § 39i kan sammenlignes med nødvendighetskravet under læren om opphavsrettslige lisensnektelser, som Microsofts nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon ble behandlet opp mot i *Microsoft*.¹⁰⁴ Dersom det fantes alternative måter å oppnå tilstrekkelig samvirkeinformasjon på, kunne en ikke, med hjemmel i EF-traktaten artikkel 82 (b) kreve den nektede informasjonen tilgjengeliggjort ved konkurranserettslig tvangslisens. Tilgang til interoperabilitetsinformasjon med hjemmel i konkurransen retten er, på samme måte som tilgang med hjemmel i åndsverkloven § 39i, ment å være siste utvei nettopp fordi bestemmelsene griper inn i eneretten og avtalefriheten. Dersom andre metoder er tilstrekkelige alternativer, avhenger ikke oppfyllelse av formålet bak bestemmelsene av at inngrep skjer. Dekompilering var en av de alternative måtene som ble vurdert i *Microsoft*, men var i det aktuelle tilfellet ikke ansett tilstrekkelig til å oppnå den grad av samvirke som var antatt nødvendig med tanke på å ivareta den effektive konkurransen i det aktuelle markedet.¹⁰⁵

2.4 Begrensning i hva som kan dekompileres

Angående hva slags eller hvilke programmer som kan dekompileres med hjemmel i § 39i første ledd, har ordlyden i bestemmelsen følgende formulering: "(...) oppnå funksjonelt samvirke mellom et selvstendig utviklet program og *andre programmer*" (min uth). Bestemmelsen sier ikke mer enn dette med hensyn til programmet som ønskes dekompilert eller de programmer det søkes å oppnå samvirke med. Bestemmelsen legger således ingen begrensninger med hensyn til hva slags programmer som kan dekompileres. Som sagt i kapittel 2.2.3. kan en gå på program X dersom man vil oppnå samvirke med program Y og informasjon om Y kan trekkes ut av X.¹⁰⁶ Dette samsvarer med bestemmelsens formål om å gjøre det mulig å forbinde *alle* komponenter i et edb-system.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Se kapittel 3.5.

¹⁰⁵ Se kapittel 3.5.3.

¹⁰⁶ Bjerke (1994), s. 109.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3. og Softwaredirektivets fortale.

Bestemmelsen i § 39i setter derimot begrensninger med hensyn til hvilke deler av et program en kan dekompile. Man har, i henhold til første ledd litra c, kun adgang til å dekompile når ”handlingene er begrenset til *de deler* av det opprinnelige program som er *nødvendige* for å oppnå funksjonelt samvirke” (min uth.). Også her er avgrensningen basert på et nødvendighetskrav fremfor en teknisk avgrensning, slik at begrensningen får et formålsrettet og dynamisk preg. Hva som utgjør de nødvendige delene, vil variere, men det kan hevdes at det også under dette punkt ikke må legges urimelige hindringer for den som ønsker å oppnå interoperabilitet slik at bestemmelsen risikerer å miste sin funksjon.¹⁰⁸ I og med at det på forhånd ikke er så lett å forutsi akkurat hvilke deler som er nødvendige å dekompile, bør dekompileringsretten, ut i fra en formålsbetraktning, rette seg mot de deler av programmet det er rimelig å anta at er av betydning for å oppnå interoperabilitet.¹⁰⁹ Det er ikke meningen at begrensningen skal stå i veien for formålet bak selve regelen i § 39i. De delene av programmet som er irrelevante med hensyn til å oppnå samvirkeinformasjon må man ut i fra bestemmelsens ordlyd unngå. På den andre siden kan det hevdes at dersom det er nødvendig å dekompile hele programmet for å oppnå interoperabilitet, så gir bestemmelsen tillatelse til det.¹¹⁰ Også på dette punkt har det vært hevdet at problemstillingen er teoretisk – at på grunn av vanskelighetene og utgiftene ved å gjennomføre dekompilering – så vil en ikke dekompile mer av programmet enn det som er nødvendig.¹¹¹

På grunn av den begrensningen i dekompileringsadgangen som dette vilkåret oppstiller, vil rettighetshaveren ha et incitament til å strukturere datamaskinprogrammet slik at grenseflateinformasjonen foreligger i avgrensede deler av programmet.¹¹² Slik sett kan opphavsmannen selv bidra til å verne opplysninger han ikke ønsker å tilgjengeliggjøre.

¹⁰⁸ Vinje (1992), s. 86.

¹⁰⁹ Andersen (2005), s. 397.

¹¹⁰ Vinje (1992), s. 86.

¹¹¹ Vinje (1992), s. 86.

¹¹² Andersen (2005), s. 397.

2.5 Personelle vilkår

Neste spørsmål er *hvem* som kan dekompile med hjemmel i § 39i. I henhold til ordlyden i første ledd litra a, kan dekompilering bare foretas av ”en *person* som har *rett til å bruke* et eksemplar av et datamaskinprogram, eller på dennes vegne av en person som har tillatelse til det” (min uth.). En person som har en rett til å bruke eksemplaret, kan enten være en rettmessig erverver av programmet eller en rettmessig bruker av programmet. I og med at det er tilstrekkelig å være rettmessig bruker av programmet, unngår man å måtte ta stilling til om en overdragelse av eiendomsrett har funnet sted. De fleste datamaskinprogrammer blir distribuert via lisens.¹¹³ Den personelle skranke for dekompileringsadgang søker å hindre at kopier som ikke er rettmessige, blir dekompilert.¹¹⁴

I bestemmelsens personelle vilkår – at det minst kreves at man har bruksrett til programmet for å kunne dekompile – ligger det en forutsetning om at programmet er offentlig tilgjengelig. Dette innebærer at programmer som ikke er distribuert for bruk, nyter en større grad av beskyttelse enn de distribuerte.¹¹⁵ Ut i fra bestemmelsens formulering, er det ingen restriksjon med tanke på at konkurrenter ikke kan dekompile hverandres programmer, såfremt formålet er samvirke med det dekompilerte program eller andre programmer. Da det ikke er sikkert at den som ønsker å dekompile, brukeren, besitter tilstrekkelig ekspertise til å gjøre det selv, har bestemmelsens delegasjonshjemmel en viktig praktisk betydning.¹¹⁶ Adgangen til delegasjon vil åpne for at bestemmelsen kan få en større praktisk anvendelse og således oppfylle sitt formål om å fremme interoperabilitet i større utstrekning.

¹¹³ Bjerke (1994), s. 102.

¹¹⁴ Bjerke (1994), s. 102.

¹¹⁵ Bjerke (1994), s. 102.

¹¹⁶ Andersen (2005), s. 394.

2.6 Vilkår for bruk av den innhentede informasjonen

2.6.1 Begrensning i formål den innhentede informasjonen kan brukes til

I tillegg til at bestemmelsens første ledd inneholder nokså strenge kriterier for selve innhenting av samvirkeinformasjon gjennom dekompilering, inneholder bestemmelsens andre ledd strenge vilkår for bruken av den informasjonen som har blitt fremskaffet ved dekompilering. Dette til tross for at opphavsrettslig beskyttelse i utgangspunktet ikke står i veien for bruk eller spredning av underliggende ideer og prinsipper.

I henhold til § 39i andre ledd litra a, kan ikke informasjon som tilgjengeliggjøres via dekompilering, brukes til ”andre formål enn å muliggjøre funksjonelt samvirke med det selvstendig utviklede datamaskinprogrammet”. Det er altså kun i interoperabilitetsøyemed at informasjonen er tillatt brukt, uavhengig av hvor mye og hvilken informasjon dekompileringsprosessen har gitt og andre ting den fremskaffede informasjonen kunne ha blitt brukt til.¹¹⁷ Begrensningen innebærer at en ikke kan bruke resultatet av dekompileringen til for eksempel forskningsformål eller andre formål som ikke er relatert til samvirke mellom det selvstendig utviklede program og andre datamaskinprogrammer. Denne begrensningen bidrar således til å beskytte opphavsmannen i dekompileringssituasjonen. På den ene siden kan det hevdes at inngrepshjemmelen i § 39i kun er ment å gripe inn i eneretten med tanke på å fremme interoperabilitet og intet annet, og at på bakgrunn av dette bør ikke informasjon fremskaffet med grunnlag i bestemmelsen kunne brukes til formål som ikke begrunnes i hensynene bak regelen. På den andre siden kan det hevdes at begrensningen som ligger i bestemmelsens andre ledd litra a, er inkonsistent med tradisjonell opphavsrett, fordi den resulterer i en *de facto* beskyttelse av ideer (i det minste ideer som ikke er relatert til interoperabilitet) ved å utelukke bruk av dem.¹¹⁸ Ideer er ikke beskyttet av det opphavsrettslige vern, og tradisjonelt står ikke

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3. Sammenlign med § 39h tredje ledd (jfr. Softwaredirektivet artikkel 5(3)) om reverse analysis hvor det ikke reises noe slikt krav.

¹¹⁸ Vinje (1992), s. 87.

opphavsretten i veien for bruk eller spredning av slike.¹¹⁹ Dekompilering er tillatt nettopp fordi datamaskinprogrammer – i motsetning til andre åndsverk – omsettes i en form som skjuler de underliggende ideer.¹²⁰ Likevel setter bestemmelsen grenser for bruk av informasjon fremskaffet ved dekompilering, fordi metoden innebærer å fremstille et eksemplar av datamaskinprogrammets kode, noe som i utgangspunktet ligger innenfor opphavsmannens enerett.¹²¹

Selv om formålet med regelen er å beskytte mot misbruk av dekompilering, bidrar det til en kostnad for fellesskapet i form av at nyttig kunnskap ikke ville kunne brukes fordi det er fremkommet under en dekompileringsprosess.¹²² Slik sett kan det hevdes at begrensningen i bruken av informasjonen som kommer til uttrykk i § 39i andre ledd litra c, og som jeg behandler i kapittel 2.6.3., er mer i tråd med en tradisjonell opphavsrettslig tankegang om at uttrykket er beskyttet, men ikke de underliggende ideene.

2.6.2 Begrensning i adgangen til å videreformidle innhentet informasjon

I henhold til § 39i andre ledd litra b, kan informasjonen fremskaffet med hjemmel i første ledd, ”ikke gis videre til andre, bortsett fra når dette er nødvendig for å muliggjøre funksjonelt samvirke med det selvstendig utviklede datamaskinprogram”. Den personelle restriksjonen med tanke på videreformidling av den innhentede informasjon, bygger på en nødvendighetsvurdering knyttet opp mot regelens formål om interoperabilitet. Det kan hevdes at utvikleren av det selvstendig utviklede programmet, med hjemmel i regelen, for eksempel kan inkludere grensesnittinformasjon, oppnådd ved dekompilering av originalprogrammet og selvstendig implementert i hans program, i sine kundemanualer, for at kunden skal kunne forsikre seg om at hans program vil fungere mot det selvstendig utviklede program.¹²³ Det kan for øvrig spørres om en utvikler vil ha noe incitament til å

¹¹⁹ *Concise European Copyright Law* (2006), s. 232.

¹²⁰ Jfr. kapittel 2.1.

¹²¹ Se åndsverkloven § 2.

¹²² Se Bjerke (1994), s. 115.

¹²³ Vinje (1992), s. 87.

videreformidle interoperabilitetsinformasjon for andre formål enn interoperabilitet med egne produkter.¹²⁴

2.6.3 Forbud mot å benytte innhentet informasjon til å utvikle programmer som vesentlig svarer til det originale programmet eller annen handling som krenker opphavsretten til originalprogrammet

I henhold til § 39i andre ledd litra c kan informasjonen fremskaffet med hjemmel i første ledd ”ikke nyttes til utvikling, fremstilling eller markedsføring av et datamaskinprogram som *vesentlig svarer til det opprinnelige i sin utforming*, eller til noen annen handling som *krenker opphavsretten til programmet*” (min uth.). Begrensningen beskytter, i henhold til ordlyden, originalprogrammets uttrykk.¹²⁵ En slik forståelse er i tråd med opphavsrettens grunnprinsipp om at det er uttrykket og ikke ideene og prinsippene bak programmet, som er beskyttet. Bestemmelsen står ikke i veien for at et selvstendig utviklet program fungerer på liknende måter som originalprogrammet, så lenge uttrykket er forskjellig. En tilnærmet plagiering av kildeversjonens utforming av grensesnittene er i henhold til regelen ikke tillatt, da dette vil krenke programmets uttrykk. For å avdekke hvorvidt opphavsretten til det opprinnelige programmet er krenket, vil det derfor være nødvendig å sammenligne kildeversjonene i de aktuelle programmer.¹²⁶

Denne restriksjonen i bruk av den innhentede informasjonen, utgjør en sentral del av bestemmelsen i § 39i. Som påvist i kapittel 2.2.3., kan det selvstendig utviklede programmet godt være et konkurrerende program til det dekompileerte programmet, noe som innebærer at innehaveren av originalprogrammet vil ha et særlig behov for å beskytte sitt program. Kravet understreker formålet med selve dekompileringsprosessen – nettopp at

¹²⁴ Vinje (1992), s. 87.

¹²⁵ ”Udtryksform”/”expression” i direktivet artikkel 6(2) (c). Formuleringen er vesentlig. I diskusjonen rundt utformingen av direktivbestemmelsen var det fremmet forslag om at det ikke skulle være tillatt å utvikle et ”substantially similar” program. Dette ville åpnet for at likhet i funksjon ville kunne rammes. Forslaget ble imidlertid avslått til fordel for en formulering i tråd med en tradisjonell opphavsrettslig oppfatning om at det selvstendige programmet ikke kunne være vesentlig likt i utforming. Se Vinje (1992), s. 87.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3.

en skal dekompile med tanke på samvirke mellom et selvstendig utviklet program og andre programmer og ikke for å fremstille plagiater.

At informasjonen ikke kan brukes til å krenke opphavsretten – enten ved etterlikninger eller ved andre handlinger, følger av åndsverkslovens generelle regler og kan således synes noe overflødig.¹²⁷ I henhold til åndsverkloven § 2 første ledd, tilfaller det rettighetshavers enerett å råde over verket ved å fremstille eksemplarer og tilgjengeliggjøre det for allmennheten i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk. Indirekte følger det av dette at hvis andre råder over verket på foreskrevne måte uten samtykke fra opphavsmannen, og uten at slik bruk er tillatt etter andre regler, så foreligger en krenkelse av opphavsretten.¹²⁸ I kraft av § 39i har man en særskilt hjemmel til å fremstille eksemplarer av programmer, slik at dette ikke vil utgjøre en krenkelse, men ikke adgang til å bruke informasjonen på krenkende vis, jfr. § 39i andre ledd litra c. Hvorvidt anvendelsen av informasjon fremskaffet ved dekompilering innebærer en krenkelse må avgjøres ut i fra en konkret vurdering av det opphavsrettslige krenkelsesspørsmål. Det vil føre for langt å gå inn på en redegjørelse for denne vurderingen her – jeg nøyer meg med å trekke frem en generell beskrivelse av utgangspunktet for grensedragningen:

”den beror i praksis alltid på et *konkret, sagkyndigt skøn*. Det afgørende er da om man opfatter de to fænomener – det originale værk og bearbejdelsen/efterligningen – som så ligeartede, at de med føje kan siges at hidføre samme (æstetiske) oplevelse – at de er samme ”værk”, ganske uanset de eventuelle forskelle. Skønnet er en blandet juridisk/æstetisk foranstaltning: I juridisk henseende drejer det sig om at udmåle et sådant beskyttelsesomfang, at det ophavsretlige retsværn bliver effektivt uden dog at hindre andres rimelige krav på udfoldelse, i æstetisk henseende drejer det sig om at blotlægge de værksstrukturer, der er egnede til genkendelse og anderkendelse.”¹²⁹

¹²⁷ Rognstad, kapittel 22.7.3

¹²⁸ Rognstad, kapittel 8

¹²⁹ Schovsbo og Rosenmeier (2008), s. 149. For en fremstilling av krenkelsesspørsmålet, se Schovsbo og Rosenmeier (2008), s. 149-163 og Rognstad, kapittel 8.

2.7 Sammenfattende betraktninger

Som vist i foregående kapitler er adgangen til dekompilering streng – og grensene for adgangen og bruk av de fremskaffede opplysninger bygger i det hele på hva som er ansett nødvendig for å oppnå formålet med regelen – at komponenter i et edb-system skal kunne fungere sammen. Selv om adgangen til dekompilering er snever, må vilkårene tolkes med henblikk på regelens formål om å oppnå samvirke. Regelens strenge vilkår fører til at ubeskyttede elementer i et datamaskinprogram – de underliggende ideer og prinsipper – i mange tilfeller blir unntatt allmennheten. Uten regelen om at dekompilering bare kan skje, og informasjonen bare brukes, i interoperabilitetsøyemed, ville rettighetshaver imidlertid ikke kunne beskytte seg mot eksemplarframstilling av hans verk med kun den hensikt å lage konkurrerende programmer basert på rettighetshavers program, til lavere kostnader.

Dekompileringsprosessen kan være kostbar, svært omfattende og komplisert teknisk sett og vil kunne ta lang tid – alt avhengig av programmets art og omfang. Heller ikke all samvirkeinformasjon *kan* fremskaffes ved dekompilering.¹³⁰ Disse forhold gjør at dekompilering ikke alltid er tilstrekkelig til å oppfylle regelens formål om funksjonelt samvirke mellom programmer fra forskjellige leverandører og til å hindre at enerett til et program utvider seg til en *de facto* enerett også over andre programmer. Det er, som vi snart skal se, *Microsoft* et eksempel på.

Bak dekompileringsregelen i åndsverkloven, ligger en oppfatning om at interoperabilitet på generell basis er ønskelig ut i fra konkurransebetraktninger, og at eneretten dermed må begrenses. Regelen er imidlertid, som jeg kommer tilbake til, ikke i alle tilfeller et fullgodt konkurranserettslig instrument da den bærer preg av å være et kompromiss mellom rettighetshavers interesser og konkurransehensyn. I tilfeller der dekompilering ikke er en tilstrekkelig metode til å oppnå en slik grad av interoperabilitet mellom forskjellige leverandørers programmer til at effektiv konkurranse på programmarkedene ivaretas, vil en

¹³⁰ Rognstad, kapittel 22.7.3.

nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon kunne utgjøre et brudd på de konkurranserettslige regler i konkurranseloven § 11 jfr. EØS-avtalen artikkel 54.

3 Konkurranseloven § 11 jfr. EØS-avtalen artikkel 54

3.1 Innledning

Det kan tenkes at en nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon, kan svekke konkurransen på datamaskinprogrammarkedene i en slik grad at konkurransereglene kommer til anvendelse og påtvinger programleverandøren som hemmeligholder samvirkeinformasjon, å tilgjengeliggjøre informasjonen overfor andre aktører. Spørsmålet er hva som skal til for at andre aktører kan få tilgang til hemmeligholdt interoperabilitetsinformasjon med hjemmel i konkurranseloven § 11 jfr. EØS-avtalen artikkel 54.

Førsteinstansrettens dom i *Microsoft*¹³¹ viser at tilgang til interoperabilitetsinformasjon kan kreves med hjemmel i EF-traktaten artikkel 82. Førsteinstansretten behandlet Microsofts nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon etter læren om opphavsrettslige lisensnektelser som misbruk av dominerende stilling slik den er utviklet i EF-domstolens praksis under artikkel 82 (b).¹³² De vilkår som Førsteinstansretten anså måtte være oppfylt for at andre aktører kunne få tilgang til den hemmeligholdte samvirkeinformasjonen, springer dermed ut av denne læren.¹³³

¹³¹ Sak T-201/04 *Microsoft Corp.* mot *Kommisjonen* (ennå ikke i Sml.).

¹³² Se Forenede saker C-241/91 P og C-242/91 P, *RTE og ITP* mot *Kommisjonen* (*Magill*), Sml. 1995 s. I-743 og Sak C-418-01, *IMS Health*, Sml. 2004 s. I-5039 som utgjør utgangspunktet for Førsteinstansrettens avgjørelse i *Microsoft*.

¹³³ Læren bygger på den domstolsskapte læren om fysiske leveringsnektelser. For en generell fremstilling om læren om opphavsrettslige lisensnektelser som misbruk av dominerende stilling, se Hagland (2007) og Kolstad og Ryssdal (2007), kapittel 47. Opphavsrettslige lisensnektelser kan også utgjøre et misbruk av dominerende stilling dersom nektelsen virker diskriminerende. Diskriminerende adferd faller utenfor

I henhold til artikkel 82 (b), kan en nektelse av å tilgjengeliggjøre informasjon utgjøre et misbruk dersom nektelsen utgjør en ”begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne”. Bestemmelsen angir utgangspunktet for de kriterier som er oppstilt av EF-domstolen ved vurderingen av om opphavsrettslige lisensnektelser utgjør misbruk av dominerende stilling. I norsk rett vil et tilsvarende konkurranserettslig inngrep kunne skje med hjemmel i konkurranseloven § 11 andre ledd litra b jfr. EØS-avtalen artikkel 54 (b) dersom en nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon, er å anse som en ”utilbørlig utnyttelse” av et foretaks dominerende stilling som består i ”å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne”. I den videre fremstilling rettes fokus på når tilbakeholdelse av interoperabilitetsinformasjon vil kunne utgjøre et slikt misbruk, med utgangspunkt i Førsteinstansrettens vurdering av interoperabilitetsspørsmålet i *Microsoft*.¹³⁴ De øvrige vilkår i § 11 jfr. artikkel 54 blir ikke behandlet, da de er generelle og gjelder for alle misbrukstyper.¹³⁵

Det var ett av to materielle hovedspørsmål i *Microsoft* som dreiet seg om tilgang til interoperabilitetsinformasjon.¹³⁶ Sun ønsket å levere operativsystemer til nettverksservere (arbeidsgruppe-serveroperativsystemer) og trengte i den sammenheng samvirkeinformasjon om Windows klientoperativsystemer. Den konkrete informasjonen som Sun mente var nødvendig for å oppnå tilstrekkelig samvirke mellom programmene til Microsoft og egne programmer, var spesifikasjonene til protokollene implementert i Windows egne

fremstillingens tema. Se O’Donoghue og Padilla (2006), s. 465-466 for behandling av diskriminerende lisensnektelser.

¹³⁴ I den videre fremstilling av tilgang til interoperabilitetsinformasjon med hjemmel i konkurranseretten henvises det til artikkel 82 fremfor artikkel 54 jfr. § 11 da det er Førsteinstansrettens tilnærming til spørsmålet under denne bestemmelsen som er gjenstand for behandling.

¹³⁵ De generelle vilkår må være oppfylt for at et inngrep med hjemmel i bestemmelsen kan skje og forutsettes i det videre oppfylt. Se Kolstad og Ryssdal (2007), kapittel 27-30 for en fremstilling av bestemmelsen.

¹³⁶ Det andre materielle hovedspørsmålet som var oppe i saken dreiet seg om tying og faller utenfor fremstillingen. Se O’Donoghue og Padilla (2006), kapittel 9 om tying som misbruk av dominerende stilling.

operativsystemer for nettverksservere.¹³⁷ Protokoller er et standardisert sett med regler som bestemmer tilkobling, kommunikasjon og dataoverføring mellom to endepunkter, for eksempel to datamaskinprogrammer på ulike maskiner i et nettverk. Protokollen angir hvordan en overføring av data, uavhengig av informasjonsinnhold, gjennomføres.¹³⁸ Protokollene har egne spesifikasjoner, som beskriver hvordan protokollene fungerer, og det var altså disse Sun ønsket tilgang til.¹³⁹

Operativsystemer er en grunnleggende programvare som kjører som en plattform på en datamaskin og som får et datasystem til å fungere.¹⁴⁰ Nettverksservere er servere som tjener avgrensede nettverk av datamaskiner, for eksempel en arbeidsgruppe. For at et operativsystem på en nettverksserver skal fungere tilfredsstillende må det kunne samvirke med operativsystemet i hver enkelt PC som er tilknyttet nettverket, og operativsystemene i de andre nettverksserverne. Microsoft nektet å tilgjengeliggjøre den informasjonen som Sun mente de trengte for å kunne samvirke med Microsofts klientoperativsystemer, og Sun klagde etter hvert Microsoft inn for Kommisjonen. Kommisjonen avsa sin avgjørelse i saken 24. mars 2004 i Suns favør.¹⁴¹ Den forespurte interoperabilitetsinformasjonen måtte, i henhold til avgjørelsen, tilgjengeliggjøres da nektelsen innebar et misbruk av dominerende stilling, jfr. EF-traktaten artikkel 82. Microsoft klaget Kommisjonen inn for Førsteinstansretten, og Retten opprettholdt Kommisjonens avgjørelse hva gjaldt interoperabilitetsspørsmålet.¹⁴²

Hva gjelder den immaterialrettslige beskyttelsen av den aktuelle informasjonen, hevdet Microsoft at de omstridte spesifikasjonene var immaterialrettslig beskyttet – og i alle fall beskyttet i kraft av å være en forretningshemmelighet. Hvorvidt den omstridte informasjon

¹³⁷ *Microsoft* avsnitt 103.

¹³⁸ Andersen (2005), s. 57.

¹³⁹ *Microsoft* avsnitt 198 og 206.

¹⁴⁰ Store norske leksikon (www.snl.no).

¹⁴¹ Kommisjonsavgjørelsen artikkel 5.

¹⁴² Jfr. domsslutningen i *Microsoft*.

faktisk var underlagt et vern eller ikke, tok Retten ikke stilling til da det ikke var nødvendig for å avgjøre den konkrete saken.¹⁴³ De unnlot å ta stilling til dette med den begrunnelse at hvis forholdet ble ansett som misbruk under doktrinen om opphavsrettslige lisensnektelser, ville den i alle fall også anses som misbruk etter læren om fysiske leveringsnektelser. De sluttet fra det mer til det mindre og gikk rett til den strengeste testen – den mest fordelaktige for Microsoft. I og med at vilkårene for misbruk etter læren om opphavsrettslige lisensnektelser i alle tilfeller ble ansett oppfylt i denne saken, fikk det ingen direkte betydning for resultatet at informasjonen ikke ble kategorisert.¹⁴⁴ På dette punkt kan det bemerkes at det er åpent hvorvidt et programs grensesnitt faktisk *er* beskyttet og at Førsteinstansretten ikke bringer oss noe videre i den diskusjonen ved sin forutsetning. Beskyttelse er imidlertid i utgangspunktet et nasjonalt anliggende, slik at det ikke tilligger Førsteinstansretten å ta stilling til grensesnittinformasjonens beskyttelse, noe som utgjør et dilemma for felleskapsorganene.¹⁴⁵

I det videre behandles Førsteinstansrettens vurdering av spørsmålet om når nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon kan utgjøre et misbruk i artikkel 82s forstand. For det første behandles hvilke kriterier som må være oppfylt for at misbruk foreligger, og hvilket innhold Førsteinstansretten legger i kriteriene. For det andre trekkes det frem hvilke forhold i *Microsoft* som gjorde at misbruk forelå i den konkrete saken, og for det tredje vurderes det underveis hva slags veiledning dommen kan antas å gi utover det konkrete tilfellet – hva man kan trekke ut av dommen med hensyn til vurderingen av pålegg om tilgjengeliggjøring av interoperabilitetsinformasjon i andre tilfeller.

¹⁴³ *Microsoft* avsnitt 283: "(...) the Court considers that there is no need to decide that question in order to resolve the present case".

¹⁴⁴ *Microsoft* avsnitt 283-288.

¹⁴⁵ I *Magill* og *IMS* var det fastslått nasjonalt at nektelsesgjenstanden var opphavsrettslig beskyttet.

3.2 Førsteinstansrettens vurdering av interoperabilitetsspørsmålet i *Microsoft*

Microsoft hadde en dominerende stilling i markedet for klientoperativsystemer.¹⁴⁶ Å være et dominerende foretak er i seg selv aldri et misbruk og heller ikke klanderverdig.¹⁴⁷ Som EF-domstolen har uttrykt, får man som dominerende foretak imidlertid en særlig forpliktelse til å ivareta konkurransen. Det følger med et særlig ansvar når man er dominerende på den måte at man ikke må misbruke sin stilling slik at den effektive konkurransen skades.¹⁴⁸

Retten uttaler, i tråd med tidligere praksis, at selv om foretak som utgangspunkt står fritt til å velge kontraheringsparter – eller ikke inngå avtaler i det hele tatt – så *kan* et dominerende foretaks nektelse av å levere, anses å utgjøre et misbruk av dominerende stilling dersom *særlige omstendigheter foreligger, og nektelsen ikke er objektivt begrunnet*.¹⁴⁹ Når det gjelder å holde tilbake interoperabilitetsinformasjon, uttrykker Førsteinstansretten altså at hovedregelen er at det ikke er rettstridig å nekte tilgjengeliggjøring – at en nektelse må respekteres. Et dominerende foretak har ikke noen generell plikt til å sikre interoperabilitet.¹⁵⁰ Hovedregelen er et utslag av det grunnleggende prinsipp om avtalefrihet – at man, for det første, fritt kan velge sine kontraheringsparter eller, for det andre, velge å ikke lisensiere interoperabilitetsinformasjon i det hele tatt. Eksklusivitet er selve kjernen i immaterialretten, slik at man selv kan velge hvem man vil tillate adgang til

¹⁴⁶ Kommisjonsavgjørelsen avsnitt 430-435.

¹⁴⁷ *Microsoft* avsnitt 229 jfr. Sak 322/81, *Michelin* mot *Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 3461, avsnitt 57 og Sak T-228/97 *Irish Sugar* mot *Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2969, avsnitt 112.

¹⁴⁸ *Microsoft* avsnitt 229 jfr. *Michelin* avsnitt 57 og *Irish Sugar* avsnitt 112.

¹⁴⁹ *Microsoft* avsnitt 319 og 330-331 jfr. *IMS* avsnitt 34 jfr. Sak 238/87, *Volvo* mot *Veng*, Sml. 1988 s. 6211, avsnitt 8 og *Magill* avsnitt 49. Sak T-41/96 *Bayer* mot *Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3383, avsnitt 180 bekrefter utgangspunktet. Første gang EF-domstolen fastslo at en forretningsnektelse likevel på nærmere vilkår kunne innebære et misbruk av dominerende stilling var i Forenede saker 6-7/73, *Commercial Solvents* mot *Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 223.

¹⁵⁰ DG Competition discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005) (heretter Discussion Paper) avsnitt 241.

egne innretninger.¹⁵¹ Det er imidlertid sikker rett at hovedregelen i visse tilfeller modifiseres dersom særlige omstendigheter foreligger.¹⁵² Når det gjelder hva som kan utgjøre særlige omstendigheter uttrykker Retten i *Microsoft* at det følger av EF-domstolens praksis at følgende omstendigheter ”in particular” må anses for å være ”exceptional”:¹⁵³

- ”- in the first place, the refusal relates to a product or service *indispensable* to the exercise of a particular activity on a neighbouring market;
- in the second place, the refusal is of such a kind as to *exclude any effective competition* on that neighbouring market;
- in the third place, the refusal prevents the *appearance of a new product* for which there is a potential consumer demand” (min uth.).¹⁵⁴

Førsteinstansretten poengterer i sin introduksjon av vilkårene, at hvis det konkluderes med at disse vilkårene er oppfylt,¹⁵⁵ så kan nektelsen utgjøre brudd på artikkel 82 så langt nektelsen ikke er *objektivt begrunnet*.¹⁵⁶ Microsoft fremmet en rekke begrunnelser for sin nektelse.¹⁵⁷ Selskapet nådde imidlertid ikke frem med sine argumenter og ble dermed dømt for misbruk av sin dominerende stilling da de overnevnte vilkår ble ansett oppfylt. En ser av Rettens formulering at den åpner for at andre forhold enn de nevnte, *kan* utgjøre spesielle omstendigheter, jfr. ”in particular”, men siden de overnevnte kriterier ble ansett oppfylt i saken, kom ikke dette spørsmålet på spissen. Retten stenger imidlertid ikke for at de spesielle omstendigheter i senere interoperabilitetssaker kan være annerledes og likevel utgjøre et misbruk etter artikkel 82 (b).¹⁵⁸ Formuleringen gir rom for utvikling av læren.

Av Førsteinstansrettens tilnærming til interoperabilitetsspørsmålet i *Microsoft*, følger det at aktører i programmarkedene kan få tilgang til hemmeligholdt samvirkeinformasjon, dersom

¹⁵¹ Keeling (2003), s. 381.

¹⁵² *Microsoft* avsnitt 330-331 jfr. *IMS* avsnitt 35 jfr. *Volvo* avsnitt 9 og *Magill* avsnitt 50.

¹⁵³ *Microsoft* avsnitt 332 jfr. *IMS* avsnitt 37-38 jfr. *Magill* avsnitt 53-56.

¹⁵⁴ *Microsoft* avsnitt 332. Se også *IMS* premiss 37 og 38.

¹⁵⁵ Domstolen uttalte eksplisitt i *IMS* at vilkårene er kumulative, jfr. *IMS* avsnitt 38.

¹⁵⁶ *Microsoft* avsnitt 333.

¹⁵⁷ Se kapittel 3.8.

¹⁵⁸ Se *Microsoft* avsnitt 336 jfr. 317.

de fire vilkårene er oppfylt. Spørsmålet i det videre er hva slags innhold de fire kravene har, og hvilke forhold som i den konkrete sak kan ha betydning for om de er oppfylt. Før de fire vilkår vurderes, behandles Førsteinstansrettens uttalelse om at det må foreligge to adskilte markeder for at misbruk av dominerende stilling kan konstateres og det generelle vilkåret om at tilbakeholdelsen må utgjøre en forretningsnektelse i konkurranserettslig forstand, for at nektelsen kan utgjøre et misbruk.

3.3 Krav om at nektelsen utgjør en konkurranserettslig forretningsnektelse

Det er en grunnleggende forutsetning for at en lisens- eller leveringsnektelse kan utgjøre et misbruk av dominerende stilling, at nektelsen er å anse som en forretningsnektelse i konkurranserettslig forstand.¹⁵⁹ Hvis nektelsen skjer i et eksisterende leveringsforhold, er det på samme måte et krav om at oppførselen kan kategoriseres som en forretningsnektelse, men da i form av et avbrudd i et eksisterende leveringsforhold.¹⁶⁰

Spørsmålet, i interoperabilitetsammenheng, er når en tilbakeholdelse av samvirkeinformasjon utgjør en konkurranserettslig forretningsnektelse, slik at tilgang til informasjon kan kreves tilgjengeliggjort dersom særlige omstendigheter foreligger. EF-domstolen har i sin praksis lagt til grunn en bred forståelse av hva en forretningsnektelse kan være.¹⁶¹ En nektelse kan dreie seg om alt fra å avvise et tilbud om å inngå avtale om levering, forholde seg passiv til en forespørsel om å innlede et forretningsforhold, at det dominerende foretak kun er villig til å inngå avtale på urimelige vilkår eller dersom det dominerende foretaket forsinker eller skaper vanskeligheter for et foretaks forsøk på å få i gang en avtale om tilgang.¹⁶² En forretningsnektelse kan altså være svært forskjellig. Noen ganger er det helt åpenbart at det foreligger en forretningsnektelse, men ikke alltid.

¹⁵⁹ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 434.

¹⁶⁰ I *IMS* og *Magill* dreiet det seg om nektelse over for en førstegangslisens. I *Microsoft* om et avbrudd i et eksisterende leveringsforhold.

¹⁶¹ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 434.

¹⁶² Kolstad og Ryssdal (2007), s. 554 -555. For eksempel, se Kommisjonens avgjørelse i *Sea-Containers* mot *Stena Sea Link*, EFT 1994 L 15 s. 8, avsnitt 70-74, se også Discussion Paper avsnitt 219, 220 og 225.

I *Microsoft* sluttet selskapet å levere samvirkeinformasjon til konkurrenter.

Førsteinstansretten drøfter ikke hvorvidt avbruddet utgjør en forretningsnektelse eller ei.

Det følger imidlertid av den brede forståelsen som må legges til grunn, at et slikt avslag på forespørsel om tilgjengeliggjøring, utgjør en forretningsnektelse i konkurranserettslig forstand.

Det følger av forståelsen som EF-domstolen har lagt til grunn, at det ikke bare er i de tilfellene at informasjonen avslås tilgjengeliggjort, som i *Microsoft*, at forholdet kan utgjøre en forretningsnektelse. I andre situasjoner, som for eksempel at tilgang til samvirkeinformasjon kun gis på urimelige vilkår, til en svært høy pris eller at det dominerende foretaket skaper andre vansker i forbindelse med et foretaks forsøk på å få tilgang til aktuell informasjon, vil en forretningsnektelse også antas å foreligge.

Når det gjelder tilgang til samvirkeinformasjon, vil en del informasjon stort sett være offentlig tilgjengelig, slik at man ofte vil få tak i noe, kanskje også tilstrekkelig informasjon til å oppnå funksjonelt samvirke. Videre foreligger adgangen til å dekompile programmet med hjemmel i opphavsrettslige regler. En kan reise spørsmål om det at det foreligger en mulighet for dekompilering av programmet eller at informasjon er tilgjengelig på annet vis kan ha betydning for om nektelse av å tilgjengeliggjøre viss informasjon er å betrakte som en forretningsnektelse i konkurranserettslig forstand.

Slik jeg ser det, er dette ikke et spørsmål om det foreligger en forretningsnektelse eller ei, men snarere et moment under selve misbruksvurderingen. Betydningen av andre måter å skaffe seg nok informasjon til å oppnå samvirke, er et spørsmål om hvorvidt tilgang til den nektede informasjonen er *nødvendig* for å oppnå en tilstrekkelig grad av interoperabilitet, eller om det foreligger andre alternative tilstrekkelige måter å oppnå samvirke på. Denne vurderingen ligger i henhold til læren om opphavsrettslige lisensnektelser og Førsteinstansrettens fremgangsmåte i *Microsoft*, under nødvendighetskravet i misbruksvurderingen. Dersom tilgang til den nektede informasjonen ikke er nødvendig for å oppnå tilstrekkelig grad av interoperabilitet fordi det foreligger alternative måter, kan den

nektede informasjonen i alle tilfeller ikke tvangslisensieres med hjemmel i konkurranseretten. Nødvendighetskravet behandles i kapittel 3.5.

3.4 Krav om to programmarkeder

Førsteinstansretten uttaler, i sin formulering av vilkårene, at den nektede informasjonen må være nødvendig for å utøve en aktivitet på et ”neighbouring market” og at nektelsen må virke konkurranseeliminerende på et ”neighbouring market”.¹⁶³ Spørsmålet som reiser seg, er hva det ligger i at det må foreligge et ”neighbouring market” for at en nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon, kan utgjøre et misbruk.

Hovedregelen er at det er det markedet der det aktuelle foretak er dominerende, som er det relevante marked for konkurransevurderingen.¹⁶⁴ Normalt sett foreligger det ikke en sammenheng mellom et foretaks dominerende stilling og det påståtte misbruk når adferd på et annet marked enn det dominerte, har virkninger på dette ikke-dominerte marked. Dette gjør at artikkel 82 heller ikke kan komme til anvendelse.¹⁶⁵ EF-domstolen har imidlertid lagt til grunn at misbruk også på et annet marked enn det foretaket dominerer, *kan* rammes av EF-traktaten artikkel 82, dersom de to markedene er innbyrdes forbundne og det foreligger særlige omstendigheter.¹⁶⁶

I *Microsoft* oppstiller imidlertid Førsteinstansretten et krav om at det *må* foreligge to markeder for at det dominerende foretak kan rammes av bestemmelsen i artikkel 82:

”in order that a refusal (...) may be considered abusive, it is *necessary* to distinguish two markets”(min uth.).¹⁶⁷

¹⁶³ *Microsoft* avsnitt 332.

¹⁶⁴ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 371.

¹⁶⁵ Sak C-333/94 P, *Tetra Pak I*, Sml. 1996 s. I-5951, avsnitt 27.

¹⁶⁶ *Tetra Pak I* avsnitt 27.

¹⁶⁷ *Microsoft* avsnitt 335.

At det er et avledet marked konkurransebegrensningsanalysen må relatere seg til ved vurderingen av om opphavsrettslige nektelser innebærer et misbruk av dominerende stilling, er fastslått gjennom tidligere praksis i EF-domstolen.¹⁶⁸ Domstolen har lagt til grunn at dersom det er snakk om en leverings- eller lisensnektelse, kan det *kun* foreligge misbruk dersom nektelsen virker konkurransebegrensende på et annet tilgrensende marked, enn der foretaket er dominerende.¹⁶⁹ Spørsmålet er hvorfor et slikt unntak fra hovedregelen oppstilles i tilfeller av leverings- og lisensnektelser.

Unntaket kan begrunnes med at det er antatt at det på generell basis er konkurranseeffektivt å tillate at et firma får utnytte fordelen eneretten gir ham på primærmarkedet og at konkurrentene der må innovere uten tilgang til denne, og at det derfor ikke er grunn til å gripe inn før nektelsen påvirker konkurransen på et annet marked.¹⁷⁰ Videre er det slik at enerettens *eksistens* aldri kan utgjøre et misbruk, og at *utøvelsen* av denne bare utgjør et misbruk i de tilfeller der særlige omstendigheter foreligger.¹⁷¹ Prinsippet går ut på at en dominerende stilling som bygger på en immaterialrett, i seg selv ikke utgjør et misbruk, og at det først er når foretaket benytter denne rettigheten, som aktører på et avledet marked er avhengige av for å kunne operere der, til å ta kontroll også over dette markedet, at inngrep kan gjøres. Når eneretten brukes til å fremme egen posisjon i andre markeder enn for den beskyttede gjenstand, anvendes eneretten til å gi foretaket fordeler som ligger utenfor det som egentlig er ment å beskyttes av eneretten, og konkurranseretten vil kunne sensurere anvendelsen.¹⁷² Det man ønsker å forhindre ved et inngrep i interoperabilitetstilfellene, er

¹⁶⁸ Se formuleringen av "særlige omstendigheter" i *Microsoft* avsnitt 332 jfr. *IMS* avsnitt 37-38 og *Magill* avsnitt 53-56.

¹⁶⁹ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 435.

¹⁷⁰ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 436, Lang (2003), s. 609.

¹⁷¹ Se Sak 262/81, *Coditel*, Sml. 1982 s. 3381, avsnitt 19-20 om at enerettens eksistens som sådan ikke er i strid med konkurransereglene, men at utøvelsen av eneretten kan være det. Se også Kolstad og Ryssdal (2007), s. 568-570 og Hagland (2007), s. 32.

¹⁷² O'Donoghue og Padilla (2006), s. 437, se også Kolstad og Ryssdal (2007), s. 581.

nettopp at et firma bruker sin enerett til et program til å kontrollere konkurransesituasjonen i andre programmarkeder, da dette er antatt å ville kunne skade forbrukernes interesser.¹⁷³

Spørsmålet videre er hva som kreves av markedenes karakter og forholdet mellom de to markedene, for at det kan bli snakk om å gripe inn overfor en nektelse av samvirkeinformasjon med hjemmel i artikkel 82.

For det første må de to markedene, i henhold til *Microsoft*, kunne skilles fra hverandre – et marked bestående av nektelsesgjenstanden og hvor foretaket er dominerende og et nabomarked hvor nektelsesgjenstanden er nødvendig i produksjonen av et annet produkt:

”(...) it is necessary to distinguish two markets, namely, a market constituted by that [indispensable] product or service and on which the undertaking refusing to supply holds a dominant position and a neighbouring market on which the product or service is used in the manufacture of another product or for the supply of another service.”¹⁷⁴

Som en ser av *Microsoft*, måles foretakets dominans opp mot markedet for klientoperativsystemer – altså markedet hvor de programmer som andre aktører søker samvirke med, tilbys i.¹⁷⁵ Dette markedet kalles i det videre for ”primærmarkedet”. Foretakets dominans måles altså opp mot et reelt programmarked, selv om det er spesifikasjonene til protokollene som utgjør selve nektelsesgjenstanden og det eventuelt nødvendige element for å oppnå interoperabilitet. Samvirkeinformasjonen – nektelsesgjenstanden – er nødvendigvis knyttet til et program i det informasjonen utgjør en del av et programs tekniske grenseflate og nettopp derfor vurderes foretakets dominans opp mot dette produktmarkedet. Nektelsesgjenstanden som sådan utgjør imidlertid ikke noe reelt marked da samvirkeinformasjon kun utgjør bindeleddet mellom programmer og ikke

¹⁷³ *The EC Law of Competition* (1999), s. 623.

¹⁷⁴ *Microsoft* avsnitt 335. Se også *IMS* avsnitt 45.

¹⁷⁵ *Microsoft* avsnitt 23-32.

selges og markedsføres separat. Spørsmålet blir om det kan kreves tilgang til informasjonen når denne ikke utgjør noe reelt marked.

Retten uttaler i *Microsoft*, med henvisning til *IMS*, at det at nektelsesgjenstanden ikke er markedsført eller selges separat, ikke hindrer at en kan identifisere et separat marked. Retten uttaler at det, i henhold til *IMS*, er tilstrekkelig at man identifiserer *et potensielt eller hypotetisk* oppstrømsmarked og at et slikt foreligger når den nektede gjenstand er uunnværlig for å drive en spesiell aktivitet, og det er etterspørsel etter nektelsesgjenstanden fra de aktører som tenker å drive slik aktivitet.¹⁷⁶ Konklusjonen etter dette er at det ikke er noe krav at samvirkeinformasjonen utgjør et reelt marked for at det kan identifiseres to markeder, slik at læren om opphavsrettslige lisensnektelser kan komme til anvendelse på forholdet.

Spørsmålet er imidlertid om det er nødvendig å statuere et hypotetisk oppstrømsmarked for samvirkeinformasjon, jfr. *IMS*, i og med at samvirkeinformasjonen i seg selv ikke utgjør et reelt marked. Samvirkeinformasjonen er nødvendigvis knyttet til et datamaskinprogram i den forstand at den er en del av et programs grensesnittinformasjon.. Det har etter mitt syn ikke noe for seg – og virker kunstig – å statuere et hypotetisk eget ”mellommarked” for informasjonen når man skal vurdere om markedene er tilstrekkelig adskilt og vurdere dominanskriteriet i interoperabilitetstilfellene. Det aktuelle marked som man nødvendigvis må vurdere foretakets dominans opp mot, og skille fra det avledede markedet, er selve programmarkedet for det programmet en ønsker samvirke med og som den nektede informasjonen er tilknyttet. Det er også det som gjøres i *Microsoft*. Det er hvorvidt Microsoft er dominerende i programmarkedet for klientoperativsystemer som er gjenstand for vurdering.¹⁷⁷ Som vi skal se i det senere, må uunnværlighetsvurderingen nødvendigvis knyttes mot selve samvirkeinformasjonen, da det er denne delen av et program som er

¹⁷⁶ *Microsoft* avsnitt 335 jfr. *IMS* avsnitt 43-44.

¹⁷⁷ *Microsoft* avsnitt 30-31.

relevant for å oppnå en forbindelse mellom programmer i de to markedene og dermed vil kunne være et uunnværlig element for aktører i det avledede markedet.¹⁷⁸

I *IMS*, som Førsteinstansretten viser til, lå saken annerledes an på dette punkt. Det en søkte tilgang til i denne saken, en blokkstruktur som systematiserte opplysninger om salg av legemidler i Tyskland, var et nøkkelkomponent for aktiviteten i det aktuelle nedstrømsmarkedet og var utviklet spesielt av *IMS* for aktivitet i dette markedet. Nektelsesgjenstanden var imidlertid ikke tilknyttet et produkt i et reelt primærmarked slik samvirkeinformasjon er, og kunne ikke selges eller markedsføres separat. Det var dermed i *IMS* behov for å fastslå at et hypotetisk eller potensielt oppstrømsmarked var tilstrekkelig og at det at det forelå to produksjonstrinn var nok til å skille markedene fra hverandre, for at det kunne foretas et inngrep med hjemmel i artikkel 82. Dette anser jeg ikke nødvendig med tanke på samvirkeinformasjon. Her er det tilstrekkelig å forholde seg til det reelle programmarkedet som den nektede samvirkeinformasjonen knytter seg til – det såkalte primærmarkedet.

Spørsmålet er heretter hva som kan utgjøre et avledet marked og hva som skal til for å skille det avledede markedet fra primærmarkedet, slik at det kan sies å foreligge to adskilte markeder.

I *Microsoft* uttaler Førsteinstansretten at det avledede markedet er det markedet der den nektede uunnværlige informasjonen er brukt i produksjon av et annet produkt ("another product").¹⁷⁹ I den aktuelle sak var spørsmålet om tilgang til informasjon om grensesnittet til Microsofts klientoperativsystemer var nødvendig for at aktører skulle kunne tilby arbeidsgruppe-serveroperativsystemer. I *Microsoft* var altså de to relevante markedene to forskjellige produktmarkeder – markedene for klientoperativsystemer og for arbeidsgruppe-serveroperativsystemer.¹⁸⁰ "Another product" – et annet produkt – må

¹⁷⁸ Se kapittel 3.5.

¹⁷⁹ *Microsoft* avsnitt 335.

¹⁸⁰ Se *Microsoft* avsnitt 23-27 om de relevante produktmarkeder.

forståes som at det avledede markedet må utgjøre et annet produktmarked, enn produktmarkedet der foretaket er dominerende. På denne måten kan tilbakeholdelse av interoperabilitetsinformasjon først utgjøre et misbruk i de tilfeller nektelsen er uunnværlig for aktivitet og virker konkurransebegrensende i et annet datamaskinprogrammarked enn primærmarkedet. Dette programmarkedet kalles i det videre for ”sekundærmarkedet”.

Spørsmålet som oppstår, er hvilke kriterier som ligger til grunn for å skille to programmarkeder fra hverandre. I Microsoft var det ikke særlig problematisk å statuere to forskjellige produktmarkeder, fordi programmene var av forskjellig karakter. I mange tilfeller vil det være uproblematisk å skille programmarkedene fra hverandre fordi det er snakk om helt forskjellige typer programmer, som for eksempel et operativsystem og et spill. I andre tilfeller kan det derimot oppstå spørsmål om hvorvidt programmet i primærmarkedet er et program som tilbys i samme eller i et annet produktmarked enn det program som en ønsker skal interoperere. Jeg går ikke nærmere inn på diskusjonen om avgrensninger av markeder i denne fremstillingen, men nøyer meg med å påpeke at to forskjellige produktmarkeder må statueres for at det kan foreligge et misbruk, og tilgjengeliggjøring av samvirkeinformasjon kreves, og at det i henhold til EF-domstolens praksis er produktenes substituerbarhet som er det avgjørende vurderingskriteriet.¹⁸¹

De to relevante markedene for vurderingen av om misbruk av dominerende stilling foreligger i interoperabilitetssammenheng, er altså to reelle programmarkeder – et for det program en ønsker samvirke med og et for det program man ønsker at skal samvirke. Til sammenligning så har ikke den opphavsrettslige inngrepshjemmelen i åndsverkloven § 39i noe krav til å statuere forskjellige markeder. Det er i den opphavsrettslige drøftelsen av tilgang til interoperabilitetsinformasjon, irrelevant om originalprogrammet og det programmet en selv har utviklet og ønsker at skal samvirke, er programmer i samme

¹⁸¹ Se Whish (2003), s. 27- 39, O’Donoghue og Padilla (2006), s. 69-75, *The EC Law of Competition* (1999), kapittel 1E (3) om avgrensning av produktmarkeder.

marked eller ikke, så framt dekompileringen gjøres, og informasjonen anvendes, med samvirke som formål og ikke krenker originalprogrammets uttrykk.¹⁸²

Som EF-domstolen uttrykte i *Tetra Pak I*, kan et foretak imidlertid kun ilegges ansvar for konkurransesituasjonen på et annet marked enn der det er dominerende, dersom markedene er innbyrdes forbundne.¹⁸³ Det må altså stilles visse vilkår til forholdet mellom primærmarkedet og sekundærmarkedet, for at det er antatt å være tilstrekkelig årsakssammenheng mellom det dominerende foretaks stilling på primærmarkedet og de fordeler vedkommende vil være i stand til å oppnå på et sekundært marked ved en nektelse.¹⁸⁴ Spørsmålet er hva som gjør at det i interoperabilitetssammenheng er tilstrekkelig nærhet mellom programmarkedene til at regelen i artikkel 82 kan komme til anvendelse på et foretaks nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon.

I *Microsoft* uttrykker Førsteinstansretten at det i *IMS* var tilstrekkelig at "two different stages of production was identified and that they were *interconnected* in that the upstream product was *indispensable* for supply of the downstream product"(min uth.)¹⁸⁵. Hvorvidt det er tilstrekkelig nærhet mellom markedene, er altså uttrykt gjennom et spørsmål om nektelsesgjenstanden er uunnværlig for å operere i sekundærmarkedet eller ikke. Dette innebærer at hvorvidt det er tilstrekkelig nærhet mellom markedene til at det kan bli snakk om et misbruk etter artikkel 82, avhenger av, og sammenfaller med, vurderingen under nødvendighetskriteriet.

¹⁸² Se kapittel 2.2. og 2.6.

¹⁸³ *Tetra Pak I* avsnitt 27.

¹⁸⁴ *Tetra Pak I* avsnitt 30.

¹⁸⁵ *Microsoft* avsnitt 335.

3.5 Nødvendighetskriteriet

3.5.1 Kravets innhold

Interoperabilitetsinformasjonens uunnværlighet for aktørene i det avledede programmarkedet, er det første kriteriet Førsteinstansretten trekker frem i sin vurdering av om særlige omstendigheter foreligger i *Microsoft*. Førsteinstansretten uttaler vilkåret slik:

”(...) the refusal relates to a product or service *indispensable* to the exercise of a particular activity on a neighbouring market” (min uth.).¹⁸⁶

For at man kan kreve tvangsmessig tilgang til interoperabilitetsinformasjon, er det en forutsetning at de to markedene er knyttet sammen på en slik måte at tilgang til samvirkeinformasjonen er uunnværlig for å operere som tilbyder på det avledede marked.¹⁸⁷ Spørsmålet er hva som skal til for at tilgang til hemmeligholdt samvirkeinformasjon er nødvendig – eller uunnværlig – for å operere som tilbyder på et annet programmarked.

Førsteinstansretten støtter seg til Kommisjonens resonnement på dette punktet og legger til grunn at det må foretas en tottrinnsanalyse når en skal ta stilling til innholdet i nødvendighetskravet: For det første må en vurdere hvilken grad av interoperabilitet med Windows nettverkssystem arbeidsgruppe-serveroperativsystemer fra andre leverandører enn Microsoft må ha, for at leverandørene kan operere på markedet for de nevnte serveroperativsystemene. Deretter må en undersøke om den informasjonen som Microsoft nekter å tilgjengeliggjøre, er uunnværlig for å oppnå en slik grad av interoperabilitet.¹⁸⁸

¹⁸⁶ *Microsoft* avsnitt 332.

¹⁸⁷ Nødvendighetskravet er grunnleggende i læren om leverings- og lisensnektelser. For formulering av nødvendighetskravet i tidligere praksis: se for eksempel Sak 311/84, *Télémarketing*, Sml. 1985 s. 3261, avsnitt 26, *Magill* avsnitt 53, Sak C-7/97 *Bronner*, Sml. 1998 s. I-7791, avsnitt 40, *IMS* avsnitt 38.

¹⁸⁸ *Microsoft* avsnitt 369.

Uunnværlighetsanalysen som ble oppstilt av Førsteinstansretten i *Microsoft*, uttrykt mer generelt, blir hvilken grad av interoperabilitet en må ha for å kunne være i stand til å tilby programmer i sekundærmarkedet, og hvorvidt den hemmeligholdte informasjonen er uunnværlig for å oppnå denne graden av interoperabilitet.

3.5.2 Hvilken grad av interoperabilitet kan kreves?

3.5.2.1 Innledning

Hvorvidt den nektede informasjonen er uunnværlig eller ikke, må knyttes opp mot hvilken grad av interoperabilitet man kan kreve med hjemmel i bestemmelsen i artikkel 82. Det er nødvendig å fastlegge en målestokk å måle uunnværligheten av tilgang til den tilbakeholdte informasjonen opp mot i og med at interoperabilitet er et gradsspørsmål. Spørsmålet er hvor lista skal ligge – hvilken grad av interoperabilitet som kan kreves. Et prinsipielt spørsmål som kan reises i denne sammenheng, og som var oppe i saken, er hvorvidt den grad som må legges til grunn skal være i overensstemmelse med den definisjonen av interoperabilitet som det gis uttrykk for i Softwaredirektivet. Førsteinstansretten trekker frem følgende rettskildemessige poeng ved spørsmålet om hvorvidt en sammenfallende grad skal legges til grunn:

”in any event, it must be borne in mind that what is at issue in the present case is a decision adopted in application of Article 82 EC, *a provision of higher rank* than Directive 91/250. The question in the present case is not so much whether the concept of interoperability in the contested decision is consistent with the concept envisaged in that directive as whether the Commission correctly determined the degree of interoperability that should be attainable *in the light of the objectives of Article 82.*” (Min uth.)¹⁸⁹

Retten trekker frem forskjellen i rang mellom reglene i Softwaredirektivet og EF-traktaten, og at det er formålet med bestemmelsen i artikkel 82 som er styrende for hvilken grad av interoperabilitet som skal legges til grunn, ikke innholdet i Softwaredirektivets reguleringer. Selv om dette for så vidt fremgår av reglenes plassering i rettskildehierarkiet,

¹⁸⁹ *Microsoft* avsnitt 227.

uttrykker Førsteinstansretten eksplisitt at konsistens med direktivet ikke har betydning for tolkningen av EF-traktaten artikkel 82. Etter Førsteinstansrettens oppfatning, er det sentrale spørsmålet hva som ligger i at interoperabilitetsgraden, som skal legges til grunn, ”should be attainable in the light of the objectives of Article 82”¹⁹⁰.

Kommisjonen hadde, i sin behandling av saken, undersøkt hvilken grad av interoperabilitet med Windows nettverksystem arbeidsgruppe-serveroperativsystemer levert av Microsofts konkurrenter måtte ha for at de skulle ha en reell konkurranseevne på markedet (”remain viably”) ¹⁹¹ og målt uunnværligheten av tilgang til den hemmeligholdte informasjonen opp mot dette. Målet med kommisjonsavgjørelsen var, i henhold til Førsteinstansretten, å sikre at konkurrentene var i stand til å ”viably compete” med Microsofts egne serveroperativsystemer. ¹⁹² Førsteinstansretten uttrykker at Kommisjonens tilnærming var korrekt og begrunnet sitt synspunkt slik:

“(…) whilst the finding of a dominant position does not in itself imply any criticism of the undertaking concerned, that undertaking has a special responsibility, irrespective of the causes of that position, not to allow its conduct to impair genuine distorted competition on the common market (Case 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR II- 3461, paragraph 57, and Case T- 228/97 Irish Sugar v Commission [1999] ECR II-2969, paragraph 112). Should it be established in the present case that *the existing degree of interoperability does not enable developers of non-Microsoft work group server operating systems to remain viably on the market for those operating systems, it follows that the maintenance of effective competition is being hindered.*” (Min uth.). ¹⁹³

I følge Førsteinstansretten så blir opprettholdelsen av den effektive konkurranse hindret, dersom den eksisterende grad av interoperabilitet konkurrentenes programmer har med Microsofts programmer, ikke er tilstrekkelig til at de har en reell konkurranseevne – det vil si er i stand til å kunne utøve et konkurransemessig press mot Microsoft. Det er, i henhold

¹⁹⁰ Microsoft avsnitt 227.

¹⁹¹ Microsoft avsnitt 207.

¹⁹² Microsoft avsnitt 236.

¹⁹³ Microsoft avsnitt 229.

til Førsteinstansretten, altså ikke tilstrekkelig, med hensyn til å ivareta formålet bak artikkel 82, at konkurrentene har en slik grad av interoperabilitet at de er i stand til å eksistere på markedet, men ikke i stand til å utøve et konkurransemessig press.

Ut i fra dette kan det konkluderes med at en med hjemmel i artikkel 82, vil kunne kreve en slik grad av interoperabilitet at en settes i stand til å utøve et konkurransemessig press i sekundærmarkedet. Hva dette innebærer i den enkelte sak må avgjøres konkret.

I det videre presenteres Førsteinstansrettens vurdering av dette i *Microsoft* – hvilken grad av interoperabilitet Microsofts konkurrenter måtte ha for å kunne utøve et konkurransemessig press mot selskapet i sekundærmarkedet, og hvorfor de måtte ha en slik grad av interoperabilitet med Microsofts klientoperativsystem for å være i stand til å utøve et slikt press. Vurderingen er konkret, men kan gi retningslinjer for vurderingen i andre saker.

I *Microsoft* kommer Førsteinstansretten, etter en konkret vurdering, til at konkurrentene til Microsoft må ha tilgang til slik samvirkeinformasjon at de vil settes i stand til å interoperere med Microsofts klientoperativsystemer på ”an equal footing” som Microsofts egne programmer i sekundærmarkedet – for at de vil være i stand til å utgjøre en konkurransemessig trussel.¹⁹⁴

Selv om det ikke hadde betydning for Førsteinstansrettens tilnærming til nødvendighetskravet, er det av interesse at Førsteinstansretten påpeker at den høye graden av interoperabilitet som ble lagt til grunn, for så vidt er konsistent med den graden av interoperabilitet som Softwaredirektivet forespeiler.¹⁹⁵ Denne uttalelse kan taes til inntekt for at ”nødvendig for å oppnå funksjonelt samvirke” i åndsverkloven § 39i må tolkes med henblikk på samvirke på et høyt kvalitativt og effektivt nivå, jfr. drøftelsen i kapittel 2.3.2.

¹⁹⁴ *Microsoft* avsnitt 374-382.

¹⁹⁵ *Microsoft* avsnitt 225.

I de tilfeller der det dominerende foretaket selv er aktivt på begge markeder, kan man måle konkurrentenes behov for interoperabilitet opp mot det dominerende foretakets egne programmers interne samvirke, når man skal vurdere om tilstrekkelig interoperabilitet foreligger og hvilken grad av interoperabilitet man skal legge til grunn for at konkurrentene skal være i stand til å utøve et konkurransemessig press. Dette var tilfellet i *Microsoft* ("equal footing"). Hvis det dominerende foretaket ikke tilbyr egne programmer i sekundærmarkedet, kan en ikke sammenligne aktørenes behov for interoperabilitet opp mot det dominerende foretaks programmers interne grad av samvirke. I slike tilfeller er det imidlertid antatt at en nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon ikke vil utgjøre et misbruk under artikkel 82 (b), slik at interoperabilitetsinformasjon heller ikke vil kunne kreves tilgjengeliggjort.¹⁹⁶

Et spørsmål som kan reises, og som var oppe i *Microsoft*, er hvorvidt samvirke på likefot med Microsofts egne programmer innebærer at programmene til konkurrentene skal fungere som det dominerende foretakets egne programmer – at konkurrentene blir i stand til å klonе eller reproducere det dominerende foretakets produkter eller deler av disse.

Førsteinstansretten uttaler på dette punkt at en ikke kan slutte fra den graden som legges til grunn, at intensjonen er at programmene skal fungere likt.¹⁹⁷ Det er, i henhold til Førsteinstansretten, heller ikke slik at konkurrenters programmer i sekundærmarkedet må fungere eksakt som Microsofts egne programmer i dette markedet, for at de kan samvirke med Microsofts programmer i primærmarkedet på lik linje med Microsofts egne.¹⁹⁸ Konkurrentene vil, i følge Førsteinstansretten, heller ikke settes i stand til å reproducere eller klonе kun med tilgang til den omstridte informasjonen. Dette fordi det ikke kreves at Microsoft avslører implementeringsdetaljer til konkurrentene, men derimot spesifikasjonene til protokollene. Denne informasjonen er en teknisk beskrivelse av hvordan protokollene fungerer og sier ikke noe om hvordan implementeringen av

¹⁹⁶ Se kapittel 3.6.4. om betydningen av foretakets aktivitet på begge markeder.

¹⁹⁷ *Microsoft* avsnitt 234.

¹⁹⁸ *Microsoft* avsnitt 238.

protokollene skjer.¹⁹⁹ Informasjonen vil kunne implementeres i programmer på forskjellige måter. Førsteinstansretten synes på dette punkt å vektlegge at tilgangsspørsmålet begrenser seg til spesifikasjoner, i motsetning til implementeringsdetaljer og informasjon om programmets interne struktur eller kildekode.²⁰⁰

3.5.2.2 Datamaskinprogrammets natur – nektelsens karakter

Det kan reises spørsmål om hvilken betydning det har for nødvendighetsvurderingen at den aktuelle nektelsesgjenstanden nettopp er interoperabilitetsinformasjon – og at datamaskinprogrammer av karakter ikke fungerer isolert.

Det første momentet Førsteinstansretten trekker frem i sin begrunnelse av hvorfor en høy grad av samvirke er nødvendig, er nettopp datamaskinprogrammets natur. Retten trekker frem uttalelser fra Softwaredirektivets forord på dette punkt:

”(…), it is necessary to bear in mind that, by nature, computer programs do not function in isolation, but are designed to communicate and function with other computer programs and hardware, especially in network environments.”²⁰¹

Førsteinstansretten mener altså at datamaskinprogrammets natur i seg selv, taler for at en høy grad av interoperabilitet er nødvendig for å kunne være i stand til å utøve et konkurransemessig press på sekundærmarkedet. Dette fordi programmer er utviklet for å kommunisere og fungere sammen.

Kommisjonen hevdet at interoperabilitetsinformasjon står i en spesiell stilling i forhold til andre nektelsesgjenstander, nettopp fordi lovgiver på dette området eksplisitt gir uttrykk for at samvirke mellom programmer, og dermed tilgjengelig samvirkeinformasjon, er nødvendig og ønskelig for utvikling og innovasjon på programmarkedene. Softwaredirektivet artikkel 6 bygger på den oppfatning at interoperabilitet er til gunst for

¹⁹⁹ *Microsoft* avsnitt 206 og 241 jfr. artikkel 5 i kommisjonsavgjørelsen.

²⁰⁰ *Microsoft* avsnitt 206 og 199.

²⁰¹ *Microsoft* avsnitt 383 jfr. Softwaredirektivets forord avsnitt 10.

innovasjon og konkurranse på disse markedene.²⁰² Dette moment kan tale for å stille interoperabilitetsinformasjon som nektelsesgjenstand i en noe annen stilling enn andre nektelsesgjenstander.²⁰³ Som en ser av sitatet over, anerkjenner Førsteinstansretten Kommisjonens argumenter ved å trekke datamaskinprogrammets karakter inn i sin begrunnelse av hvorfor en høy grad av interoperabilitet er av så stor konkurransemessig betydning for aktører i sekundærmarkedet og derfor må kunne kreves med hjemmel i artikkel 82.²⁰⁴

Datamaskinprogrammets karakter taler således for at tilgang til slik informasjon som fremmer en høy grad av interoperabilitet, er nødvendig for at aktører vil kunne utøve et konkurransemessig press på sekundærmarkedet. Det gjelder ikke bare i *Microsoft*, men i alle tilfeller der det dreier seg om samvirke mellom datamaskinprogrammer.

3.5.2.3 Programmenes karakter og deres rolle i et nettverk

Neste moment Førsteinstansretten trekker frem i sin vurdering, er programmenes karakter og deres rolle i et nettverk. Retten trekker frem at dersom et datamaskinprogram er en sentral del av eller utarbeidet med henblikk på å være en sentral del av et datanettverk, så gjør det nødvendigheten av at programmene virker godt sammen, enda mer prekær. Dette er tilfellet ved klientoperativsystemene og arbeidsgruppe-serveroperativsystemene det dreier seg om i *Microsoft*. Førsteinstansretten uttrykker behovet for interoperabilitet slik:

”within the computer networks installed in organisations, the need to be able to function together is *particularly pressing* in the case of client PC operating systems and work group server operating systems. (...) file and print services and group and user administration services are intimately connected to the use of client PCs and are provided to users of client PCs as a set of interconnected tasks.” (Min uth.).²⁰⁵

²⁰² *Microsoft* avsnitt 686 og 305, se Baudenbacher (2007), s. 343.

²⁰³ Kommisjonen gir uttrykk for at lista for å gripe inn overfor hemmeligholdt samvirkeinformasjon kanskje ikke bør være like høy som ved andre leverings- og lisensnektelser, se Discussion Paper punkt 9.2.3.

²⁰⁴ *Microsoft* avsnitt 381-383.

²⁰⁵ *Microsoft* avsnitt 384.

Operativsystemene det dreier seg om utgjør helt sentrale knutepunkter i et nettverk, og leverandørene var derfor særlig avhengig av en utpreget evne til kommunikasjon programmene i mellom. Retten trekker i denne sammenheng også frem at kjøpere anser muligheten for integrering i et eksisterende eller fremtidig datanettverk som veldig viktig når de vurderer hvilke produkter de skal kjøpe.²⁰⁶ Det moment at det i *Microsoft* dreier seg om datamaskinprogrammer som utgjør deler av et datanettverk, og spesielt så sentrale deler som operativsystemer, forsterker at en høy grad av interoperabilitet er nødvendig for å kunne utøve et konkurransemessig press i sekundærmarkedet. På dette punkt kan det bemerkes at datamaskinprogrammer stadig i økende grad opererer i nettverk i samvirke med andre datamaskinprogrammer, og behovet for tilgang til interoperabilitetsinformasjon dermed også blir mer prekært.²⁰⁷

En kan trekke ut av dette at dersom det skulle dreie seg om programmer som ikke er så sentrale i et nettverk som de aktuelle operativsystemer i *Microsoft*, så vil det kanskje ikke være like sterkt behov for en så høy grad av interoperabilitet for å være konkurransedyktig i et avledet marked. Det er imidlertid ikke sikkert, men det faktum at Førsteinstansretten trekker programmets karakter og rolle i nettverket frem som relevant for hvilken grad av interoperabilitetsinformasjon som kan kreves, taler for at programmets karakter og rolle vil kunne tenkes å utgjøre relevante momenter også i senere tilfeller.

Det kan i denne sammenheng reises spørsmål om hvorvidt nødvendigheten av samvirke for å kunne konkurrere i sekundærmarkedet, avhenger av at det dreier seg om operativsystemer, slik som i *Microsoft*, eller om programmenes karakter kun underbygger at en høy grad av interoperabilitet er nødvendig for å oppfylle formålet i artikkel 82 i den konkrete saken.

Mest prekært rent funksjonelt sett vil en høy grad av interoperabilitet være i de tilfellene der en ønsker samvirke med et operativsystem, fordi operativsystemer av karakter, styrer

²⁰⁶ *Microsoft* avsnitt 385.

²⁰⁷ *Microsoft* avsnitt 159.

hvordan og om de andre programmer på en aktuell maskin i det hele tatt kan fungere.

Operativsystemer utgjør selve infrastrukturen av datamaskinprogrammer.

Applikasjonsprogrammer er helt avhengige av å samvirke funksjonelt med operativsystemet for at de i det hele tatt kan utføre sine funksjoner. Det kalles vertikal interoperabilitet når et datamaskinprogram teknisk sett må kommunisere via et annet program for å oppnå det tiltenkte resultat. Samvirke to applikasjoner i mellom vil ikke være like prekært rent funksjonelt sett, da samvirke ikke er en forutsetning for at programmet vil kunne utføre sine kjernefunksjoner. Horisontal kompatibilitet betegner dataprogrammers evne til å kommunisere med andre programmer uten at denne kommunikasjonen funksjonelt sett er strengt nødvendig for at programmene kan virke hver for seg.²⁰⁸

Spørsmålet som reiser seg, er om man vil kunne kreve tilgang til samvirkeinformasjon for å oppnå horisontalt samvirke, forutsatt at programmene tilbys i forskjellige markeder, jfr. kapittel 3.4. – eller om nettopp programmenes karakter av å være operativsystemer er avgjørende for at tilgang til samvirkeinformasjon i det hele tatt er ansett nødvendig for å utøve et konkurransemessig press i sekundærmarkedet.

Selv om vertikalt samvirke er mest prekært rent funksjonelt sett, må svaret bero på en konkret vurdering av den konkurransemessige nødvendigheten for samvirke i den aktuelle sak. Er det snakk om to applikasjoner som i og for seg *kan* fungere separat, men hvor det for å kunne utøve et konkurransemessig press i det ene applikasjonsmarkedet, er nødvendig med tilgang til samvirkeinformasjon om programmer i det andre applikasjonsmarkedet, vil samvirke kunne anses nødvendig i et konkurranseperspektiv.²⁰⁹ Det avgjørende er hvorvidt tilgang til samvirkeinformasjon er uunnværlig for å kunne inneha en reell konkurranseevne – om samvirke med rettighetshavers program i primærmarkedet er nødvendig for at aktører er i stand til å ”viably compete”²¹⁰ i sekundærmarkedet.

²⁰⁸ Bjerke (1994), s. 22.

²⁰⁹ *Microsoft* avsnitt 369.

²¹⁰ *Microsoft* avsnitt 236.

3.5.2.4 Det dominerende foretakets stilling i primærmarkedet

Endelig trekker Retten frem Microsofts sterke stilling i primærmarkedet som argument for at en høy grad av samvirke var nødvendig for å ivareta den effektive konkurransen på sekundærmarkedet. Interoperabilitet ble ansett særlig viktig ("even more important") fordi selskapet hadde en markedsandel på mer enn 90 % i klientoperativsystemmarkedet.²¹¹

Windows representerer, ifølge Førsteinstansretten, en "quasi – standard" for klientoperativsystemer.²¹² På grunn av Microsofts svært sterke stilling på markedet for klientoperativsystemer og den teknologiske bindingen mellom de to markedene, mener Førsteinstansretten at Microsoft er i stand til å etablere Windows nettverkssystem som en "de facto standard" for arbeidsgruppenettverk.²¹³ På denne måten kunne Microsofts "quasi-monopol" på klientoperativsystemmarkedet sette foretaket i stand til å, uavhengig av sine konkurrenter, bestemme samvirkereglene som ville utgjøre "standarden" for interoperabilitet i arbeidsgruppenettverk.²¹⁴ På bakgrunn av Microsofts sterke stilling, er det antatt at markedstilgang på sekundærmarkedet vil bero på muligheten til å samvirke med selskapets program i primærmarkedet og vil være avgjørende for at de eksisterende aktørene kan fortsette å tilby programmer der.²¹⁵ Førsteinstansretten uttaler nettopp dette – at serveroperativsystemer fra andre leverandører ikke ville kunne fortsette å tilbys hvis de ikke oppnådde en høy grad av interoperabilitet med Windows.²¹⁶

Førsteinstansrettens vektlegging av Microsofts stilling i klientoperativsystemmarkedet tilsier at rettighetshavers stilling i primærmarkedet, utover det å være dominerende, er en relevant faktor for nødvendighetsvurderingen. Spørsmålet som reiser seg, er om det dominerende foretakets stilling i primærmarkedet ikke bare er et relevant moment i

²¹¹ *Microsoft* avsnitt 386-387.

²¹² *Microsoft* avsnitt 387.

²¹³ *Microsoft* avsnitt 392.

²¹⁴ *Microsoft* avsnitt 392.

²¹⁵ Ole-Andreas Rognstad, foredrag om *Microsoft*, Europarechtsforeningen, november 2007.

²¹⁶ *Microsoft* avsnitt 388.

nødvendighetsvurderingen, men av avgjørende betydning for om nødvendighetskravet er oppfylt, slik at inngrep etter læren om opphavsrettslige lisensnektelser kan skje. Problemstillingen er om programleverandøren må ha en ”quasi-monopol” stilling, som i *Microsoft*, slik at deres grensesnitt utgjør en ”de facto standard” for interoperabilitet mellom primærmarkedet og andre tilliggende programmarkeder, for at nødvendighetskravet er oppfylt. Spørsmålet kom ikke på spissen i *Microsoft* fordi selskapets stilling i markedet for klientoperativsystemer nettopp var så sterk at grensesnittet til Windows klientoperativsystem i alle tilfeller ble antatt å utgjøre en ”standard”.²¹⁷

I henhold til ordlyden i artikkel 82 omfatter bestemmelsen alle dominerende foretak, og slik sett ligger det i bestemmelsen ikke noe krav om at foretaket må ha en tilnærmet monopolstilling i primærmarkedet for å kunne rammes av et inngrep. I henhold til EF-domstolens praksis på området for opphavsrettslige lisensnektelser, er det imidlertid antatt at tilgang til en fasilitet ikke er absolutt nødvendig med mindre det ikke foreligger noe reelt eller potensielt alternativ.²¹⁸ I interoperabilitetssammenheng må dette sees på som et spørsmål om det foreligger alternative programmer i primærmarkedet å samvirke med. Dersom det dominerende foretaket ikke har en så sterk stilling i primærmarkedet at grensesnittet til deres programmer anses som en ”standard”, vil det finnes alternative programmer å samvirke med fra andre programleverandører i primærmarkedet.²¹⁹ Samvirke med det dominerende foretakets produkter vil dermed ikke være absolutt nødvendig for aktørene i sekundærmarkedet, og nødvendighetskravet i læren dermed ikke

²¹⁷ *Microsoft* avsnitt 387. I *Magill* og *IMS*, som Førsteinstansretten bygger på i *Microsoft*, hadde selskapene de facto monopol i primærmarkedet. I *Magill* hadde tv-selskapene de facto monopol hva gjaldt egne tv-programoversikter som var nødvendige for å kunne lage sammenstilte programoversikter. I *IMS* hadde selskapet en monopollignende stilling i oppstrømsmarkedet på bakgrunn av en blokkstruktur de hadde utviklet for bruk i nedstrømsmarkedet og som ble ansett å utgjøre en standard og dermed en nødvendig input for aktivitet i nedstrømsmarkedet. Se Kolstad og Ryssdal (2007), s. 570-577 om nødvendighetskravet i de to avgjørelsene.

²¹⁸ *Bronner* avsnitt 41. Se Kolstad og Ryssdal (2007), s. 560 og 584.

²¹⁹ Lang (1994), s. 476.

oppfylt.²²⁰ Det er på bakgrunn av dette, grunn til å anta at foretak ikke vil bli utsatt for inngrep etter læren om opphavsrettslige lisensnektelser dersom de ikke har et monopol eller et tilnærmet monopol i primærmarkedet.²²¹ Dette gjør at tilgang til andre leverandørers interoperabilitetsinformasjon med hjemmel i konkurranseretten, er begrenset.

Det kan stilles spørsmålstegn ved om det dominerende foretaket i det hele tatt vil ha et incitament til å nekte å utlevere samvirkeinformasjon med mindre det innehar en tilnærmet monopolstilling i primærmarkedet. Dersom stillingen er svakere, vil tilgjengeliggjøring av samvirkeinformasjon styrke selskapets posisjon i primærmarkedet fordi produktet blir mer attraktivt for kundene jo mer kompatibelt det er med programmer i andre programmarkeder. I de tilfellene programleverandøren ikke har en meget sterk stilling i primærmarkedet, vil dermed kanskje ikke spørsmålet om et konkurranserettslig pålegg om tilgjengeliggjøring i det hele tatt bli aktuelt, fordi nektelse i utgangspunktet ikke vil skje.

3.5.3 Den nektede informasjonens uunnværlighet

Når en har fastlagt hvilken grad av interoperabilitet med det dominerende foretakets program aktører må ha for å konkurrere effektivt i sekundærmarkedet, blir neste spørsmål om tilgang til den hemmeligholdte informasjonen er uunnværlig ("indispensable") for å oppnå denne graden av interoperabilitet. Først hvis nektelsesgjenstanden er uunnværlig, er nødvendighetskravet, slik Førsteinstansretten formulerer det, oppfylt.²²² Problemstillingen er objektiv i den forstand at spørsmålet ikke er hvorvidt informasjonen er nødvendig for en bestemt aktør, men for alle aktører i dennes situasjon.²²³

I *Microsoft* var spørsmålet om tilgang til spesifikasjonene til de aktuelle protokollene var uunnværlige for å oppnå interoperabilitet på "equal footing" som Microsofts egne

²²⁰ Lang (2003), s. 654.

²²¹ Se Hagland (2007), s. 56.

²²² *Microsoft* avsnitt 369.

²²³ Lang (2003), s. 606.

programmer. Førsteinstansretten kom til at tilgang til de nektede spesifikasjonene i dette tilfellet var uunnværlig med tanke på å oppnå denne graden av samvirke.²²⁴

Spørsmålet er imidlertid hva det ligger i at tilgang til den nektede informasjonen må være uunnværlig. En naturlig forståelse tilsier at det ikke må foreligge andre måter å oppnå den grad av interoperabilitet som kan kreves – at tilgang til den hemmeligholdte informasjonen må være en forutsetning. Førsteinstansretten uttaler i *Microsoft*, at det på dette punkt er tilstrekkelig å påpeke at Microsoft selv hadde erkjent at de alternative måtene som var fremmet i saken, ikke var tilstrekkelig for å oppnå den høye graden av interoperabilitet som Kommisjonen korrekt hadde lagt til grunn:

”On that point, it is sufficient to observe that Microsoft itself has recognised, (...) that none of its recommended methods or solutions made it possible to achieve the high degree of interoperability which the Commission correctly required in the present case.”²²⁵

Dette viser at Retten åpner for at dersom det eksisterer alternative løsninger, så vil ikke tilgjengeliggjøring med hjemmel i artikkel 82 kunne kreves. Det avgjørende er imidlertid om de alternative løsningene er tilstrekkelige til å oppnå en slik grad av interoperabilitet at formålet om effektiv konkurranse ivaretas i den konkrete sak. Hvis ikke, utgjør de i realiteten ikke alternativer til tilgjengeliggjøring av den nektede informasjonen, og et inngrep vil kunne skje.

Det er på dette punkt grunn til å presisere at det ikke er tilstrekkelig at tilgang til den tilbakeholdte informasjonen er ønskelig for aktørene på sekundærmarkedet – at de har en forretningsmessig interesse av at den blir tilgjengeliggjort. I en slik situasjon er ikke informasjonen nødvendigvis uunnværlig i et konkurranserettslig perspektiv. Dette understreket Førsteinstansretten i *Ladbroke* der spørsmålet gjaldt hvorvidt overføring av lyd og bilde fra franske hesteveddeløp var nødvendig for Ladbrokes bookmakervirksomhet

²²⁴ *Microsoft* avsnitt 436.

²²⁵ *Microsoft* avsnitt 435.

slik at Ladbroke kunne kreve lisens. Retten kom til at nødvendighetskravet ikke var oppfylt og uttalte at

”selv om den [tv-utsendelsen] udgør en *supplerende*, eller endog *ønskverdig tjenesteydelse*, der tilbydes spillerne, [er den] ikke i sig selv nødvendig for udøvelsen af bookmakernes hovedvirksomhed (...)” (min uth.).²²⁶

En slik forståelse av nødvendighetskravet stemmer overens med at formålet med et inngrep er å gjøre aktører i sekundærmarkedet i stand til å utøve et konkurransemessig press på det dominerende foretak. Dersom alternative løsninger er tilstrekkelig til å oppnå en slik grad av interoperabilitet at aktørene settes i en slik posisjon, er det ikke lenger grunn – eller adgang – til å gripe inn overfor en hemmeligholdelse av viss informasjon. Hovedregelen er at en forretningsnektelse skal respekteres, og at ikke foretak, heller ikke dominerende, har et generelt ansvar for å fremme interoperabilitet.²²⁷

Spørsmålet blir hva som kan anses som alternative metoder – dog kanskje mindre ønskelige – til å oppnå en slik grad av interoperabilitet at en blir i stand til å utøve et konkurransemessig press.

De tre hovedkategoriene av alternative måter som ble trukket frem av Microsoft var: ”The use of open industry standards supported in Windows”, ”The distribution of client-side software on the client PC” og ”reverse engineering”(dekompilering).²²⁸ I andre tilfeller enn i *Microsoft* vil slike metoder kunne være eksempler på tilstrekkelige alternativer, alt avhengig av hvorvidt man kan oppnå den aktuelle grad av interoperabilitet ved å anvende dem. Alternative måter å oppnå tilstrekkelig interoperabilitet på, kan, som vi ser, enten være fremskaffet av det dominerende foretaket selv, som for eksempel tilgjengeliggjøring av tilstrekkelig informasjon om programmet, eller betinget av aktivitet fra de som ønsker interoperabilitet, for eksempel ved dekompilering av det aktuelle program. Jeg går her ikke

²²⁶ Sak T-504/93, *Tiercé Ladbroke mot Kommissjonen*, Sml. 1997 s. II-923, avsnitt 132.

²²⁷ Discussion Paper avsnitt 241.

²²⁸ Kommissjonsavgjørelsen avsnitt 667. Se avsnitt 667-691 om de tre alternative metodene.

ytterligere inn på hva som vil kunne anses som tilstrekkelige alternativer til tilgjengeliggjøring av hemmeligholdt samvirkeinformasjon. Dette vil bero på konkrete forhold og hva som er tilgjengelig av samvirkeinformasjon i den aktuelle sak.

Jeg vil imidlertid knytte noen kommentarer til Kommisjonens vurdering av dekompilering som alternativ måte å oppnå samvirke på, da dette sier noe om den opphavsrettslige regelens egnethet og tilstrekkelighet med tanke på å fremme samvirke mellom datamaskinprogrammer, og hvorfor det, slik regelen er i dag, er behov for den konkurranserettslige inngrepshjemmel som supplement til den internrettslige regelen i opphavsretten. Avgjørelsen i *Microsoft* viser nettopp at dekompilering ikke alltid er tilstrekkelig til å oppnå funksjonelt samvirke mellom to programmer.

For det første peker Kommisjonen på at det er store tekniske hindre i veien for at dekompilering kan utgjøre et tilfredsstillende alternativ når det dreier seg om så omfattende programmer som i den aktuelle saken. Det å dekompile et program så omfangsrikt som Windows, er en prosess som krever betydelige ressurser og hvor sjansen for suksess er usikker. Videre påpeker Kommisjonen at de tekniske hindringene også medfører at prosessen vil kunne ta veldig lang tid. Tidsaspektet er et kritisk moment ved vurderingen av om metoden er tilstrekkelig til å hindre at en enerett til et program utvider seg til en enerett også over andre programmer. Utviklingen i softwaremarkedene skjer svært raskt.²²⁹ Disse aspekter belyser at dekompilering ikke bare vil være en mindre fordelaktig metode, men også i visse tilfeller et utilstrekkelig alternativ med tanke på å oppnå en slik grad av interoperabilitet at den effektive konkurransen i programmarkedene blir ivaretatt.

For det andre peker Kommisjonen på at konkurransedyktigheten til produkter som er utviklet og gjort kompatible ved bruk av dekompilering, avhenger av at det dominerende foretaket ikke foretar endringer som gjør at den informasjonen som kom ut av dekompileringen, ikke lenger vil være tilstrekkelig til å oppnå samvirke. En situasjon hvor

²²⁹ Kommisjonsavgjørelsen avsnitt 685.

informasjon oppnådd ved dekompilering mister sin funksjon, kan oppstå på bakgrunn av helt legitime prosesser hos det dominerende foretak, som for eksempel at foretaket oppgraderer sitt program på en måte som gjør at grensesnittet endres. Dette gjør at dekompilering kan være en risikabel og ustabil metode å basere seg på med tanke på samvirke med andre leverandørers programmer.²³⁰ Motsetningsvis vil et pålegg om lisens med hjemmel i konkurranseretten, i henhold til Førsteinstansrettens dom i *Microsoft*, innebære at det dominerende foretak må gi sine konkurrenter løpende tilgang til tilstrekkelig informasjon om grenseflatene til det aktuelle programmet.²³¹ Slik sett setter et konkurranserettslig pålegg om å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon, konkurrentene i en mer stabil situasjon.

Uunnværlighetsvurderingen som Førsteinstansretten foretar seg under artikkel 82 (b), kan minne om vurderingen av adgangen til dekompilering i henhold til åndsverkloven § 39i. For at dekompilering kan skje med hjemmel i den opphavsrettslige bestemmelsen, må dekompilering være en forutsetning for å få fatt i nødvendig informasjon til å oppnå funksjonelt samvirke. Dekompilering vil være utelukket dersom alternative og mindre inngripende måter er tilstrekkelig til å oppnå funksjonelt samvirke, fordi dekompilering i en slik situasjon ikke lenger er en forutsetning for å oppnå funksjonelt samvirke.²³² Det samme har vi nå sett er tilfellet for at nødvendighetskriteriet under læren om opphavsrettslige lisensnektelser skal være oppfylt – den nektede informasjonen må være en uunnværlighet på den måten at det ikke foreligger alternative måter å oppnå den aktuelle grad av samvirke på, før et konkurranserettslig inngrep kan skje.

Oppsummeringsvis kan det sies at dersom nektelsesinformasjonen er uunnværlig i den forstand at ingen alternative metoder er tilstrekkelige til å sette konkurrentene i stand til å utøve et konkurransemessig press mot det dominerende foretak i sekundærmarkedet, så er det antatt at det er tilstrekkelig nærhet mellom markedene til at nektelse *kan* utgjøre et

²³⁰ Kommisjonsavgjørelsen avsnitt 686.

²³¹ Domsslutningen i *Microsoft* jfr. kommisjonsavgjørelsen artikkel 5(b). Se kapittel 3.9.

²³² Se kapittel 2.3.4.

misbruk av dominerende stilling.²³³ Nektelsen utgjør i en slik situasjon en etableringshindring for nye aktører på sekundærmarkedet og medfører at avbrutt levering til eksisterende kunder påfører dem et slikt konkurransemessig handicap, at inngrep vil kunne kreves med hjemmel i konkurransereglene dersom nektelsen i det konkrete tilfellet virker konkurranseeliminerende i sekundærmarkedet, hindrer fremveksten av et ”nytt produkt” og er ubegrunnet fra det dominerende foretakets side.²³⁴

3.6 Konkurranseelimineringskriteriet

3.6.1 Kravets innhold

Dersom den nektede samvirkeinformasjonen er ansett uunnværlig, er det neste momentet i vurderingen om nektelsen faktisk virker konkurranseeliminerende i sekundærmarkedet i den konkrete sak. Hvis konkurransen på sekundærmarkedet er effektiv til tross for nektelse, vil ikke en nektelse skade konkurransen og forbrukernes interesser, og det vil dermed heller ikke foreligge en plikt til å lisensiere.²³⁵ Sammen med spørsmålet om nektelsen hindrer fremveksten av et ”nytt produkt”, utgjør konkurranseelimineringskriteriet misbruksvurderingens virkningsanalyse.²³⁶

Spørsmålet er hva som ligger i at nektelsen må føre til at konkurransen på sekundærmarkedet elimineres, for at tilgjengeliggjøring av samvirkeinformasjonen kan kreves. Spørsmål som reiser seg, er hvorvidt det er et krav om å statuere at konkurransen i sekundærmarkedet allerede *er* eliminert før inngrep kan skje, og om det er krav om at all konkurranse på sekundærmarkedet elimineres for at vilkåret er oppfylt.

Førsteinstansretten angir innholdet i konkurranseelimineringskriteriet eksplisitt i *Microsoft*. Følgende momenter ligger, i henhold til Retten, til grunn for vurderingen:

²³³ Jfr. kapittel 3.4.

²³⁴ Lang (2003), s. 606.

²³⁵ Lang (2003), s. 611-612.

²³⁶ ”Nytt produkt”-kravet behandles i kapittel 3.7.

”What matters, for the purpose of establishing an infringement of Article 82 EC, is that the refusal at issue is *liable to, or is likely to*, eliminate *all effective competition* on the market.” (Min uth.).²³⁷

For det første, kan en ut i fra Førsteinstansrettens formulering av vilkåret, gripe inn overfor en nektelse før konkurransen i markedet faktisk er eliminert, jfr. ”liable to” og ”likely to”. Det er i henhold til uttalelsen, risikofaktorer for eliminering av konkurransen som må vurderes. Rettens tolkning av kriteriet er på dette punkt samsvarende med EF-domstolens tidligere praksis. I tidligere saker har det heller ikke vært reist krav om at konkurransenivået i det avledede markedet faktisk er svekket for at vilkåret har blitt ansett oppfylt, men snarere vært reist spørsmål om hvorvidt nektelsen medførte en reell eller potensiell svekkelse av konkurransenivået i sekundærmarkedet.²³⁸ Det kan spørres om hva som er bakgrunnen for at det kan gripes inn allerede før den effektive konkurransen faktisk er eliminert. Førsteinstansretten uttaler at det kan gripes inn allerede på et slikt stadium med følgende begrunnelse:

”If the Commission were required to wait until competitors were eliminated from the market, or until their elimination was sufficiently imminent, before being able to take action under Article 82 EC, that would clearly run counter to the objective of that provision, which is to maintain undistorted competition in the common market and, in particular, to safeguard the competition that still exists on the relevant market.”²³⁹

For å ivareta formålet med bestemmelsen i artikkel 82, nemlig å opprettholde og beskytte den eksisterende konkurransen, er det, i henhold til Førsteinstansretten, nødvendig at et inngrep før konkurransen faktisk er eliminert, tillates. Som vi ser av uttalelser i saken, er Retten av den oppfatning at det i *Microsofts* tilfelle, var særlig viktig å kunne gripe inn før eliminering av konkurransen var en realitet, fordi markedet var preget av betydelige

²³⁷ *Microsoft* avsnitt 563.

²³⁸ *Commercial Solvents* avsnitt 25: ”risks eliminating”, *Télémarketing* avsnitt 27: ”fare for, at enhver konkurrence (...) blev udelukket” og *Bronner* avsnitt 38: ”kunne udelukke”.

²³⁹ *Microsoft* avsnitt 561.

nettverkseffekter og at en allerede eliminering av konkurransen på grunn av disse, i særlig grad ville være vanskelig å rette opp i ettertid:

“In this case, the Commission had all the more reason to apply Article 82 EC before the elimination of competition (...) had become a reality because that market is characterised by significant network effects and because the elimination of competition would therefore be difficult to reverse”²⁴⁰

Dette poenget vil gjelde generelt for datamaskinprogrammarkeder og vil også gjøre seg gjeldende for andre teknologiske markeder som er preget av slike effekter. Markedets karakter kan altså ha betydning for konkurranseelimineringsvurderingen.

Neste spørsmål er om det foreligger et krav om at nektelsen potensielt sett fører til en eliminering av *all konkurranse* på sekundærmarkedet. Hva gjelder dette punkt, presiserer Førsteinstansretten i *Microsoft* at det er risiko for eliminering av den *effektive* konkurransen i sekundærmarkedet som er tema for drøftelse, ikke nødvendigvis eliminering av *all* konkurranse.²⁴¹ Retten sier dette uttrykkelig:

”What matters, for the purpose of establishing an infringement of Article 82 EC, is that the refusal at issue is liable to, or likely to, eliminate all *effective* competition on the market. It must be made clear that the fact that the competitors of the dominant undertaking retain a marginal presence in certain niches on the market cannot suffice to substantiate the existence of such competition.” (Min uth.).²⁴²

Det er ut i fra denne uttalelsen, altså ikke nok at konkurrentene er i stand til å eksistere på markedet for at konkurransen ikke står i fare for å bli eliminert. Aktørene i sekundærmarkedet må, i følge Førsteinstansretten, kunne være i stand til å utgjøre en

²⁴⁰ *Microsoft* avsnitt 562.

²⁴¹ Det har vært diskutert hvorvidt det tidligere har vært et krav om at all konkurranse elimineres for at misbruk foreligger, se Hagland (2007), s.61-63. I både *Magill* avsnitt 56 og *IMS* avsnitt 38 jfr. 52 var kravet formulert som at ”enhver konkurrence” måtte utelukkes, men i disse sakene lå forholdene slik an at en nektelse i alle tilfeller ville innebære en utelukkelse av all konkurranse.

²⁴² *Microsoft* avsnitt 563.

konkurransemessig trussel på markedet for at det ikke er risiko for at den effektive konkurransen elimineres. En slik formulering innebærer at det dominerende selskapet ikke kan gå klar av regelen selv om det eksisterer andre aktører på markedet, dersom disse ikke er i stand til å utøve et konkurransemessig press på det dominerende foretaket. Det kan sies at det er en forbindelse mellom nødvendighetskravet og konkurranseelimineringsskravet på dette punkt, i den forstand at Førsteinstansretten uttrykker at det er nødvendig med en så høy grad av interoperabilitet at konkurrentene er i stand til "remain viably on the market"²⁴³ og ikke bare eksistere i markedet, og at det er hvorvidt den effektive konkurransen står i fare for å bli eliminert som er vurderingstemaet under konkurransebegrensningskriteriet, og ikke hvorvidt det eksisterer aktører i marginale posisjoner. Vurderingene under begge vilkårene relaterer seg altså til hvorvidt konkurrentene er i stand til å utøve et reelt konkurransemessig press og ikke hvorvidt de er eksisterende i markedet.²⁴⁴ Dette er i tråd med at artikkel 82s målsetning er å sikre en mest mulig effektiv konkurranse i markedet – ikke et visst antall aktører i mer eller mindre marginale posisjoner.

Ut i fra Førsteinstansrettens tolkning av konkurranseelimineringsskriteriet i *Microsoft*, blir spørsmålet, i en konkret sak, om en tilbakeholdelse av uunnværlig interoperabilitetsinformasjon medfører risiko for at den effektive konkurransen i det avledede markedet elimineres.

Spørsmålet i det videre er hvilke faktorer som kan få betydning for om konkurranseelimineringsvilkåret er oppfylt. I *Microsoft*, analyserte Kommisjonen nødvendighetskriteriet og konkurranseelimineringsskriteriet i en felles drøftelse, mens Førsteinstansretten på sin side delte opp behandlingen av vilkårene. Kommisjonens drøftelse av de to kriteriene hadde fire deler: Utviklingen av sekundærmarkedet, hvorvidt interoperabilitet var en faktor som spilte en bestemmende rolle i bruken av Windows arbeidsgruppe-serveroperativsystemer, at det ikke var noen alternativer til at Microsoft

²⁴³ *Microsoft* avsnitt 369.

²⁴⁴ Howarth og McMahon (2008), s. 122.

avslørte interoperabilitetsinformasjonen og endelig vurderinger tilknyttet Microsofts CPLP (Communications Protocols Licensing Program).²⁴⁵ Etter en drøftelse av disse fire aspektene, kom Kommisjonen til at Microsofts oppførsel medførte en risiko for å eliminere den effektive konkurransen i sekundærmarkedet nettopp på grunn av uunnværligheten av informasjonen som Microsoft nektet å gi sine konkurrenter.²⁴⁶ Når det gjelder Førsteinstansrettens drøftelse av konkurransebegrensningsvilkåret, konsentrerer den seg om første del av Kommisjonens vurdering – utviklingen av det avledede markedet. Førsteinstansretten støtter Kommisjonens konklusjon om at Microsofts nektelse medfører en risiko for at den effektive konkurransen i sekundærmarkedet kan bli eliminert.²⁴⁷

I det videre belyses de forhold som Førsteinstansretten trekker frem for å begrunne at den effektive konkurransen sto i fare for å bli eliminert i *Microsoft*. Deretter drøftes andre forhold som kan tenkes å ha betydning for hvorvidt en nektelse av tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon har slik konkurransebegrensende virkning på sekundærmarkedet, at det kan foreligge misbruk av dominerende stilling etter læren om opphavsrettslige lisensnektelser under artikkel 82 (b). De forhold som trekkes frem i denne sammenheng, er betydningen av det dominerende foretakets aktivitet i begge programmarkedene og betydningen av at nektelsen utgjør en avbrutt levering i motsetning til en nektelse av førstegangslisens.

3.6.2 Rettighetshavers og konkurrentenes posisjon i sekundærmarkedet etter nektelsen – utviklingen av aktørenes markedsposisjoner

I *Microsoft* utgjorde nektelsen et avbrudd i et eksisterende leveringsforhold i forbindelse med at Microsoft selv hadde etablerte seg på sekundærmarkedet.²⁴⁸ Dermed vil en analyse av utviklingen på markedet siden avbruddet i levering fant sted, si noe om nektelsens

²⁴⁵ *Microsoft* avsnitt 565.

²⁴⁶ Kommisjonsavgjørelsen avsnitt 692.

²⁴⁷ *Microsoft* avsnitt 620.

²⁴⁸ I tidligere saker om opphavsrettslige lisensnektelser, *Magill* og *IMS*, handlet det om nektelse av førstegangslisens.

påvirkning på konkurransesituasjonen i det avledede markedet. Det dominerende foretakets posisjon i sekundærmarkedet, utviklingen av det dominerende foretakets markedsandel siden nektelsen, samt konkurrenters posisjon og utviklingen av deres markedsandeler, vil kunne angi hvorvidt nektelsen medfører en risiko for at den effektive konkurransen elimineres.

For det første trekker Retten frem at Microsofts markedsandel hadde steget veldig raskt til å bli dominerende, til tross for at Microsoft ikke hadde vært aktive i sekundærmarkedet særlig lenge. I utgangspunktet hadde Microsoft kun vært aktive i primærmarkedet. Det var først på begynnelsen av 90-tallet at selskapet hadde begynt å produsere operativsystemer til servere. På det avledede markedet steg Microsofts markedsandel fra 25,4 % i 1996 til 64,9 % i 2002 – altså nesten en økning på 40 % på bare seks år. Microsoft hadde altså allerede oppnådd en dominerende stilling også i dette markedet.²⁴⁹

For det andre viste undersøkelser at Microsofts markedsandel økte fortløpende parallelt med lanseringen av Windows 2000 generasjonen av operativsystemer. Førsteinstansretten bekrefter at det var korrekt, slik Kommisjonen hadde slått fast, at det var særskilt ved lanseringen av Windows 2000 operativsystemer, at interoperabilitetsproblemene for Microsofts konkurrenter brått hadde oppstått. Den grad av interoperabilitet som arbeidsgruppe-serveroperativsystemer kunne oppnå med produkter i Windows 2000 generasjonen, var mye lavere enn den de kunne oppnå med systemer i tidligere generasjoner.²⁵⁰

Et spørsmål som kan stilles i denne sammenheng, er om man hadde kunnet kreve informasjonen tilgjengeliggjort også dersom Microsoft ikke allerede hadde oppnådd en dominerende stilling også i sekundærmarkedet.²⁵¹ I juridisk teori har det blitt hevdet at foretaket mest sannsynlig må være dominerende i begge markedene for at den effektive

²⁴⁹ *Microsoft* avsnitt 569-570.

²⁵⁰ *Microsoft* avsnitt 571 og 612.

²⁵¹ Korah (2006), s. 167.

konkurransen står i fare for å bli eliminert – eller iallfall være i stand til å bli det på grunn av nektelsen.²⁵² EF-domstolen har imidlertid på sin side uttalt at en uten at det vil være nødvendig å påvise en dominerende stilling også på det avledede markedet, vil kunne anta at det dominerende foretaket har utvist en uavhengig adferd i forhold til andre aktører på dette markedet, på grunn av deres høye markedsandel i primærmarkedet og nærheten mellom markedene.²⁵³ Det er den uavhengige oppførselen på det avledede markedet man ønsker å forhindre, nettopp fordi en slik oppførsel vil kunne skade konkurransen og således forbrukernes interesser. Det vil altså kunne gripes inn overfor det dominerende foretak uten at det behøver å bevises en dominerende stilling også i sekundærmarkedet.

En annen situasjon enn i *Microsoft*, hvor det allerede fantes aktører på sekundærmarkedet som tidligere hadde hatt tilgang til samvirkeinformasjon og hvor en må analysere markedets utvikling siden nektelsen for å avgjøre om nektelsen innebærer en risiko for at konkurransen elimineres eller ikke, kan tenkes der foretaket har en *de facto* monopolstilling i begge de aktuelle programmarkedene og nekter aktører som ønsker å etablere seg i sekundærmarkedet tilgang til nødvendig samvirkeinformasjon. I en slik situasjon vil nektelsen virke totalt konkurranseeliminerende fordi nektelsen hindrer all konkurranse på sekundærmarkedet.²⁵⁴ Hvorvidt foretaket kan bli pålagt å lisensiere beskyttet informasjon til nye aktører som ikke tidligere har hatt tilgang til samvirkeinformasjon, kommer jeg tilbake til i kapittel 3.6.5.

For det tredje hadde Microsofts markedsandel økt i så stor grad siden de begynte å operere på sekundærmarkedet at hovedkonkurrenten, Novell, hadde gått fra en ledende markedsposisjon til å bli en relativt liten aktør i markedet på bare noen få år. På det tidspunktet Microsoft begynte å operere på markedet for arbeidsgruppe-serveroperativsystemer, var Novell Netware det ledende produktet i markedet. Produktet hadde vært på markedet siden midten av 80-tallet. Markedsandelen for Novell Netware

²⁵² Lang (2003), s. 593 og 612.

²⁵³ *Tetra-Pak I* avsnitt 30.

²⁵⁴ Lang (2003), s. 612.

sank fra 33,3 % i 2000 til 23,6 % i 2002.²⁵⁵ Undersøkelser viste at det var en tendens blant organisasjoner at de i redusert grad benyttet seg av NetWare, og at det var en tendens til at de byttet ut NetWare med Windows 2000 servere, og at det var svært få utskiftninger motsatt vei.²⁵⁶ Konkurrentenes stadig reduserte posisjon i markedet i sammenheng med Microsoft høye – og stadig økende – posisjon, viste at konkurransen på sekundærmarkedet sto i fare for å bli eliminert.

For det fjerde trekker Førsteinstansretten frem at undersøkelser viste at Microsofts øvrige konkurrenter bare klarte å opprettholde en svært begrenset markedsposisjon på markedet, i den forstand at deres produkter kun beholdt marginale posisjoner eller til og med utviklet seg til å bli ulønnsomme.²⁵⁷ Førsteinstansretten slår fast at det at det fortsatt kanskje var en marginal konkurranse på markedet, ikke kunne få gjennomslag overfor Kommisjonens argument om at den effektive konkurransen var på vei til å forsvinne fra markedet.²⁵⁸ Dette momentet i vurderingen viser, som Førsteinstansretten uttrykker i sin tolkning av kriteriet, at det er eliminering av den *effektive* konkurransen som er avgjørende for om vilkåret er oppfylt eller ikke og ikke hvorvidt konkurrenter klarer å beholde en marginal posisjon.

Avslutningsvis poengterer Førsteinstansretten, hva gjelder utviklingen av sekundærmarkedet, at Windows 2000 raskt fikk et godt fotfeste i markedet og at på grunn av Microsofts avbrytelse av å meddele interoperabilitetsrelatert informasjon, har interoperabilitet med Windows 2000 programmer blitt betydelig mer vanskelig for konkurrentenes arbeidsgruppe-serveroperativsystemer enn det pleide å være med Windows NT. Retten påpeker også at redusert grad av interoperabilitet for konkurrentene og større grad av opptak av Windows produkter, bidrar til en “lock-in” av kundene som gjør at de låses til en homogen Windows løsning for arbeidsgruppenettverk.²⁵⁹ Som det vil bli drøftet

²⁵⁵ Microsoft avsnitt 575-576.

²⁵⁶ Microsoft avsnitt 578-579.

²⁵⁷ Microsoft avsnitt 580-591.

²⁵⁸ Microsoft avsnitt 593.

²⁵⁹ Microsoft avsnitt 606.

i kapittel 3.7.2., mener Førsteinstansretten at denne “lock-in” effekten som en redusert grad av interoperabilitet hadde, reduserte forbrukernes valgmuligheter og svekket konkurrentenes innovasjonsincentiver på en slik måte at nektelsen hindret den teknologiske utviklingen på sekundærmarkedet til skade for forbrukerne.

3.6.3 Datamaskinprogrammarkedenes karakter – etableringshindringer og nettverkseffekter

Som poengtert i kapittel 3.6.1., kan markedets karakter være relevant for konkurranseelimineringsvurderingen. Førsteinstansretten trekker nettopp frem, i sin vurdering av konkurransesituasjonen på sekundærmarkedet, Kommisjonens påpekning om at markedets karakter bidrar til at konkurransen i særlig grad står fare for å bli eliminert.²⁶⁰ Spesielt for teknologiske markeder er at de er preget av såkalte nettverkseffekter.

I datamaskinprogrammarkedenes tilfelle, er nettverkseffektene knyttet til at programvaren har høyere verdi for konsumentene jo flere konsumenter som benytter seg av den.²⁶¹ Et marked med sterke nettverkseffekter er altså et marked hvor kundene ønsker produktet sterkere jo flere andre som har det.²⁶² Markedet er preget av slike effekter når forbrukere vil ha et incitament til å velge Windows som sitt operativsystem fordi at deres PC da kan kommunisere med flere.

En annen nettverkseffekt (indirekte nettverkseffekt) – eller etableringshindring – er at tilbydere av applikasjoner vil tilpasse disse til Windows fordi det er det mest populære operativsystemet for PCer. Dette vil igjen føre til at flest kunder velger Windows operativsystem fordi flest applikasjoner er utviklet til dette operativsystemet. Denne effekten kalles ”application barrier to entry” og bidrar til å beskytte det dominerende foretakets stilling i markedet ytterligere.²⁶³

²⁶⁰ *Microsoft* avsnitt 619.

²⁶¹ Konkurransetilsynets rapport ”Konkurranse og innovasjon i programvaremarkedene” (2008), s.1.

²⁶² Korah (2006), s.152.

²⁶³ Korah (2006), s.152.

En tredje etableringshindring foreligger dersom det er dyrt for kundene å bytte system, enten fordi de må investere i nytt utstyr eller fordi de må lære seg hvordan å bruke det nye systemet. Dette kalles ”switching costs” eller ”learning costs”.²⁶⁴ Nettverkseffekter, etableringshindringer og ”switching costs” er naturlige virkninger av teknologiske markeders karakter. Spørsmålet i denne sammenheng blir hva slags betydning det har for konkurransesituasjonen på programmarkedene at de er preget av slike effekter.

På den ene siden kan en si at nettverkseffekter øker konsumentenes velferd ved at de gjøres i stand til å kommunisere med flere andre konsumenter og med leverandører av komplementære/utfyllende produkter. På den andre siden er det slik at når et foretak har oppnådd en stor markedsandel i et marked preget av nettverkseffekter, kan det bli vanskelig for konkurrenter å etablere seg eller overleve i markedet. Dette til tross for at deres teknologi er bedre eller billigere.²⁶⁵ Slike effekter kan dermed bidra til å forsterke den konkurransebegrensende effekt en nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon kan ha og dermed ha betydning for om konkurranseelimineringskriteriet i misbruksvurderingen etter artikkel 82 (b) er oppfylt.²⁶⁶

Dette var tilfellet i *Microsoft*. Nettverkseffekter bidro til at Microsofts stilling i sekundærmarkedet ble forsterket ytterligere og bidro dermed til at nektelsen utgjorde en fare for å eliminere konkurransen. Førsteinstansretten påpeker at markedets karakter hadde den virkningen at organisasjoner som først hadde tatt i bruk Windows som system for deres arbeidsgruppeservere, ikke ville komme til å bytte til konkurrerende operativsystemer i fremtiden. Dette viste undersøkelser blant kjøperne av arbeidsgruppe-serveroperativsystemer.²⁶⁷ Videre viste undersøkelser at tilgjengelig kunnskap og pris på og tilgjengelighet av støttetjenester, var viktig for de fleste spurte. Dette betyr at jo lettere det er å finne teknikere som har kompetanse til å bruke et gitt arbeidsgruppe-

²⁶⁴ Korah (2006), s.152.

²⁶⁵ Korah (2006), s.152.

²⁶⁶ *Microsoft* avsnitt 619.

²⁶⁷ *Microsoft* avsnitt 619.

serveroperativsystem, jo flere kunder vil helle til å kjøpe dette systemet og videre at jo mer populært et system er blant kundene, jo lettere er det for, og mer vilje er det hos, teknikerne til å tilegne seg kompetanse relatert til det produktet. Når Microsoft hadde en så stor andel som de hadde på markedet for arbeidsgruppe-serveroperativsystemer (minst 60 %) har dette da den konsekvensen at et stort antall teknikere tilegner seg kompetanse spesielt knyttet til Windows operativsystemer.²⁶⁸ Dette påvirker da igjen populariteten til programmet fordi kundene anser slike forhold som så viktige ved valg av programmer. Denne effekten indikerer at det foreligger store adgangshindringer for nye aktører på markedet.²⁶⁹

Førsteinstansretten konkluderer i sin vurdering at utviklingen av markedsandelene til Microsoft og de andre aktørene på sekundærmarkedet og det at markedet preges av nevnte nettverkseffekter som forsterker Microsofts stilling, er tilstrekkelig til å fastslå at det forelå en risiko for at all effektiv konkurranse på sekundærmarkedet sto i fare for å bli eliminert.²⁷⁰

3.6.4 Betydningen av at det dominerende foretaket er aktivt i begge programmarkeder

En problemstilling som reiser seg i forbindelse med konkurransebegrensningsanalysen, er hvilken betydning det har for vurderingen av nektelsen at det dominerende foretak er aktivt i begge programmarkedene.

I *Microsoft* sluttet selskapet å levere nødvendig informasjon da de selv hadde etablert seg i sekundærmarkedet. I en slik situasjon får foretaket et incitament til å nekte sine konkurrenter eller potensielle konkurrenter i dette markedet tilgang til den nødvendige informasjonen, fordi de vil fremme egen posisjon i markedet. Det er tilstrekkelig at en har

²⁶⁸ *Microsoft* avsnitt 619.

²⁶⁹ Kommisjonsavgjørelsen avsnitt 523.

²⁷⁰ *Microsoft* avsnitt 620.

planer om å etablere seg på sekundærmarkedet for å regnes som et vertikalt integrert foretak.²⁷¹

Tidligere avgjørelser fra EF-domstolen på området for leverings- og lisensnektelser, har dreiet seg nettopp om vertikalt integrerte foretak som har nektet å levere/lisensiere til konkurrenter eller potensielle konkurrenter på et avledet marked. EF-domstolens formulering av konkurransebegrensningskriteriet er preget av dette. I henhold til EF-domstolens praksis, er eksklusjon av konkurrenter et sentralt vilkår for at en nektelse utgjør et misbruk av dominerende stilling etter artikkel 82 (b). Som eksempel på dette kan Domstolens avgjørelser i *Bronner* og *IMS* med henvisning til vilkåret slik det er uttalt i *Magill*, trekkes frem. Nektelsen må i henhold til disse avgjørelsene ”udelukke enhver konkurrence på det afledte marked”²⁷². I *Microsoft* uttaler Førsteinstansretten at vurderingstemaet er hvorvidt nektelsen er av ”such a kind as to exclude any effective competition on that neighbouring market”²⁷³. Det er i henhold til uttalelsene fra praksis, altså ekskludering av konkurrenter som er vurderingstemaet.

I Kommisjonens Discussion Paper uttrykkes det med hensyn nettopp til interoperabilitetsproblemet, at det man ønsker å forhindre er at et dominerende foretak settes i stand til å dra med seg sin markedsmakt fra ett marked over i et annet ved å holde tilbake nødvendig samvirkeinformasjon, og at en tilbakeholdelse av informasjonen i slike tilfeller vil kunne utgjøre et misbruk av dominerende stilling. I dette ligger det en oppfatning om at det dominerende foretak er etablert eller har tenkt til å etablere seg på det

²⁷¹ *Commercial Solvents* avsnitt 25: ”decides to start”. I denne saken var selskapet ennå ikke etablert på sekundærmarkedet, men hadde planer om å etablere seg der.

²⁷² *Bronner* avsnitt 40 og *IMS* avsnitt 37 jfr. *Magill* avsnitt 56.

²⁷³ *Microsoft* avsnitt 332.

avledede programmarkedet, for at lisensnektelsen kan utgjøre et misbruk:

”Although there is no general obligation even for dominant companies to ensure interoperability, leveraging market power from one market to another by refusing interoperability information may be an abuse of a dominant position.”²⁷⁴

Spørsmålet som oppstår, er om det er av avgjørende betydning for at nektelsen skal kunne utgjøre et misbruk i henhold til læren om opphavsrettslige lisensnektelser under artikkel 82 (b), at det dominerende selskapet er aktivt på begge markeder og at nektelsen brukes for å ekskludere konkurrenter, eller om det er tilstrekkelig at konkurransen på det avledede markedet påvirkes negativt, uavhengig av foretakets aktivitet på dette markedet.²⁷⁵

Første spørsmål som oppstår i denne sammenheng, er hvorvidt en nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon i det hele tatt kan antas å påvirke konkurransesituasjonen på sekundærmarkedet når foretaket ikke selv er aktivt på dette markedet.

Det er klart at en lisensnektelse fra en dominerende leverandør av en uunnværlig innsatsfaktor, vil kunne påvirke konkurransen mellom tilbyderne på et avledet marked, uavhengig av om foretaket selv er aktivt her. En potensiell tilbyder vil ikke være i stand til å etablere seg på markedet eller en etablert aktør vil ikke kunne være i stand til å fortsette å operere der uten tilgang til uunnværlig informasjon. Det er til tross for dette, ikke gitt at en lisensnektelse rettet mot en kunde vil virke konkurransebegrensende på et avledet marked slik at forbrukernes interesser skades.²⁷⁶ Dersom det dominerende foretaket leverer informasjonen til tilstrekkelig mange kunder på det avledede markedet, vil konkurransen nødvendigvis ikke reduseres til tross for at en av aktørene presses ut av markedet på grunn av en forretningsnektelse. De konkurransemessige virkningene av en leveringsnektelse overfor kunder på et avledet marked, vil avhenge av situasjonen på markedet før nektelsen,

²⁷⁴ Discussion Paper avsnitt 241.

²⁷⁵ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 589.

²⁷⁶ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 464, Kolstad og Ryssdal (2007), s. 589.

av hvor mange og hvilke aktører som nektes og hvor mange og hvilke som er gjenværende tilbydere.²⁷⁷

Dersom nektelsen har en konkurransebegrensende virkning, oppstår spørsmålet om vurderingen konkurranserettslig sett blir en annen når selskapet ikke er aktivt i sekundærmarkedet, enn om det dominerende selskap hadde brukt nektelsen som middel til å utvide egen markedsandel i dette markedet.²⁷⁸

Konkurranserettslig sett foreligger en annen situasjon når det dominerende foretaket ikke selv er aktivt på sekundærmarkedet og heller ikke har planer om å være aktiv på dette markedet, og fortsatt nekter aktører på dette markedet tilgang til samvirkeinformasjon.²⁷⁹ I en slik situasjon vil nektelsen av å tilgjengeliggjøre informasjon rette seg kun mot kunder fremfor egne konkurrenter, og nektelsen innebærer da ikke en begrensning i konkurransen direkte til fordel for selskapets egen posisjon i det avledede programmarkedet. Situasjonen kan imidlertid hevdes å være teoretisk, da foretaket ikke vil ha samme incitament til å nekte tilgjengeliggjøring. Det kan antas at foretaket, i en slik situasjon, vil ha all grunn til å lisensiere nødvendig informasjon for å gjøre produktene i sekundære markeder kompatible med egne programmer i primærmarkedet.²⁸⁰ At leverandører i andre programmarkeder oppnår best mulig kompatibilitet med foretakets programmer i primærmarkedet, vil styrke foretakets posisjon i dette markedet på grunn av de såkalte nettverkseffekter. Kommisjonen uttrykker i sitt Discussion Paper at leveringsnektelser som er rettet mot kunder, kun har et begrenset skadepotensial i sekundærmarkedet sett fra et konkurransepolitisk ståsted:

”[I]n the typical refusal to supply case the aim is to exclude an already active or a potential participant in the downstream market, (...) (vertical foreclosure). From a

²⁷⁷ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 589.

²⁷⁸ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 553, O’Donoghue og Padilla (2006), s. 463-467.

²⁷⁹ Kolstad og Ryssdal (2007). s. 553.

²⁸⁰ Lang (2003), s. 654.

competition policy point of view, this is mostly only a worry if the dominant company A is itself active downstream.”²⁸¹

Førsteinstansrettens uttalelser i *Ladbroke* peker i retning av at artikkel 82 (b) ikke vil komme til anvendelse i de tilfeller det dominerende foretak ikke er en konkurrent av det foretaket som nektes levering – at konkurransebegrensningskriteriet forutsetter at det dominerende foretak er tilstede på det markedet der leveringsnektelsen har sin virkning for at artikkel 82 (b) kan anvendes på forholdet. Førsteinstansretten avviste at *Magill* var relevant for avgjørelsen, da det i *Ladbroke* ikke handlet om en leveringsnektelse rettet mot en konkurrerende aktør:

”I modsætning til, hva der var tilfældet i Magill-saken, hvor afslaget på at give sagsøgeren licens hindrede denne i at komme ind på markedet for generelle tv-programblade, er sagsøgeren i den foreliggende sag ikke alene til stede på, men har den største andel af hovedmarkedet for modtagelse af væddemål, på hvilket det i sagen omhandlede produkt, nemlig lyd og billede, tilbydes til forbrugerne, hvorimod væddeløbsselskaberne, som er indehavere af de intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke er tilstede på dette marked. Eftersom væddeløbsselskaberne hverken direkte eller indirekte udnytter deres intellektuelle ejendomsrettigheder på det belgiske marked, kan det omtvistede afslag fra de nævnte selskaber herefter ikke anses for at medføre nogen form for konkurrencebegrænsning på det belgiske marked.”²⁸²

Konkurransebegrensningskriteriet ble altså tolket slik at det måtte være en konkurranserelasjon mellom det dominerende foretaket og det foretak som ble nektet lisens – at det dominerende foretak måtte være tilstede på markedet der leveringsnektelsen hadde sin virkning for at konkurransebegrensningen den medførte, var relevant.²⁸³ Med utgangspunkt i Førsteinstansrettens avgjørelse i *Ladbroke*, er det antatt at bestemmelsen i

²⁸¹ Discussion Paper avsnitt 72.

²⁸² *Ladbroke* avsnitt 130.

²⁸³ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 590-591.

artikkel 82 (b) bare vil komme til anvendelse i situasjoner der det dominerende foretak er aktivt i begge markeder.²⁸⁴

Begrunnelse for å skille mellom de to situasjonene finner en i at artikkel 82 kun kommer til anvendelse dersom det dominerende foretaket utnytter sin posisjon på en utilbørlig måte. I de tilfeller der det dominerende selskapet ikke er aktivt i begge markeder, men likevel holder tilbake informasjon, vil informasjonen primært ikke holdes tilbake som et virkemiddel for å begrense konkurransen på det avledede markedet.²⁸⁵ Et dominerende foretak begrenser, ved en slik nektelse, ikke konkurransen for å fremme egen posisjon her. For at det kan statueres misbruk etter artikkel 82 må det enten foreligge utilbørlig oppførsel eller en fordel for det dominerende foretak.²⁸⁶ Med mindre et foretaks oppførsel er rettet mot markedsmekanismens funksjon, er utgangspunktet at det ikke er konkurransereglens oppgave å gripe inn i forholdet mellom en leverandør og en kunde. Hovedregelen er handlefrihet også for dominerende foretak og i en slik situasjon brukes ikke denne til å ekskludere konkurrenter.²⁸⁷ Som Kommisjonen har uttalt, har ikke det dominerende foretak noe alminnelig ansvar for å fremme interoperabilitet.²⁸⁸

Ut i fra dette må det konkluderes med at det dominerende foretak ikke kan pålegges å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon som er uunnværlig for aktører på sekundærmarkedet etter læren om opphavsrettslige lisensnektelser og artikkel 82 (b), dersom de ikke selv tilbyr eller har planer om å tilby datamaskinprogrammer på dette markedet.

²⁸⁴ Se Lang (2003), s. 654, Kolstad og Ryssdal (2007), s. 590-591, O'Donoghue og Padilla (2006), s. 464-465.

²⁸⁵ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 589.

²⁸⁶ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 464.

²⁸⁷ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 590.

²⁸⁸ Discussion Paper avsnitt 241.

Den potensielle konkurransebegrensningen som en lisensnektelse overfor kunder i et marked hvor foretaket ikke er aktivt, vil kunne innebære, må eventuelt vurderes som en annen misbrukstype enn etter artikkel 82 (b). En lisensnektelse kan utgjøre et diskriminerende misbruk etter artikkel 82 (c), dersom foretaket kun nekter noen av sine kunder i sekundærmarkedet tilgang til samvirkeinformasjon. Denne vurderingen innebærer helt andre vilkår enn den domstolskapte lære om opphavsrettslige lisensnektelser under litra b.²⁸⁹ Det kan imidlertid sies at såfremt foretaket nekter alle kunder i sekundærmarkedet tilgang til informasjon og selv ikke er aktivt på dette markedet, kan det ikke kreves tilgang til informasjon verken med hjemmel i bestemmelsens litra b eller c.

3.6.5 Nektelse overfor nye versus eksisterende kunder

Endelig kan det reises spørsmål om hvilken betydning det har for den konkurranserettslige vurderingen av en nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon, at den er rettet mot aktører som tidligere har fått tilgang til tilstrekkelig informasjon til å kunne ha en reell konkurranseevne versus aktører som ikke tidligere har hatt tilgang til slik informasjon. Mer generelt uttrykt, i henhold til læren om opphavsrettslige lisensnektelser, er dette et spørsmål om hvilken betydning det har at nektelsen utgjør et avbrudd i et eksisterende leveringsforhold versus en nektelse overfor en førstegangslisenstaker.

I *Microsoft* sluttet selskapet å tilgjengeliggjøre tilstrekkelig informasjon om det tekniske grensesnittet til operativsystemene sine, fordi selskapet, ved egen etablering på sekundærmarkedet, fikk et konkurransemessig incitament til å holde tilbake informasjon de tidligere hadde hatt et incitament til å tilgjengeliggjøre. Konkurrentene, som tidligere bare hadde vært kunder, hadde fått utlevert tilstrekkelig interoperabilitetsinformasjon fra Microsoft til å lage konkurransedyktige programmer i sekundærmarkedet frem til

²⁸⁹ Se Kolstad og Ryssdal (2007), s. 591-592, O'Donoghue og Padilla (2006), s. 465. Som sagt innledningsvis faller diskriminerende adferd utenfor fremstillingen.

Microsoft selv hadde etablert seg her. Dette innebar at Microsofts nektelse utgjorde et avbrudd i et eksisterende leveringsforhold.²⁹⁰

Første spørsmål blir i denne sammenheng om en tilbakeholdelse overfor en aktør som det dominerende foretak ikke tidligere har tilgjengeliggjort informasjonen overfor, også kan utgjøre et misbruk etter artikkel 82 (b) eller om det bare er i de tilfeller konkurrenter tidligere har hatt tilgang til tilstrekkelig samvirkeinformasjon, at misbruk kan antas å foreligge.

Avgjørelsene fra EF-domstolen i *Bronner*, *Magill* og *IMS* dreier seg nettopp om nektelser overfor førstegangslisenstakere og ble vurdert opp mot artikkel 82 (b). Disse bygger på avgjørelsene i *Commercial Solvents* og *Télémarketing* hvor nektelsene utgjorde avbrudd i eksisterende leveringer. Det er i dag sikker rett at læren om leverings- og lisensnektelser omfatter både avbrudd i levering og nektelse overfor førstegangslisenstakere. I tråd med denne praksisen vil det at et dominerende foretak nekter å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon overfor leverandører som ikke har hatt tilgang til slik samvirkeinformasjon tidligere, også kunne utgjøre et misbruk etter artikkel 82 (b).

Det andre spørsmålet som reiser seg, er om en nektelse vil være gjenstand for samme vurdering i de to situasjonene. I juridisk teori har det vært diskutert hvorvidt det er samme vurdering som ligger til grunn for misbruksvurderingen i de to tilfellene, og Kommisjonen har i sitt Discussion Paper lagt opp til en ulik tilnærming til nektelsen avhengig av om den er rettet mot en ny kunde eller utgjør en avbrutt levering.²⁹¹ Kommisjonen hevdet, i *Microsoft*, at det faktum at selskapets nektelse utgjorde et avbrudd i tidligere levering, var

²⁹⁰ Avgjørelsene i *Commercial Solvents* og *Télémarketing* rettet seg også mot nektelser som utgjorde en avbrutt levering i eksisterende kundeforhold. En kan sammenligne *Microsoft* med tilfellet i *Commercial Solvents* der selskapet sluttet å levere aminobutanol til sine kunder da de selv ønsket å etablere seg i markedet der kjemikalien utgjorde en nødvendig input.

²⁹¹ Discussion Paper punkt 9.2.1. og 9.2.2., O'Donoghue og Padilla (2006), s. 458-461.

en omstendighet som måtte tas i betraktning ved misbruksvurderingen.²⁹²

Førsteinstansretten, på sin side, uttrykker imidlertid at dersom de ”særlige omstendigheter” som forelå i *Magill* og *IMS*, også foreligger i *Microsoft*, så er det ingen grunn til å gå inn på andre omstendigheter ved saken.²⁹³ Førsteinstansretten bygger altså direkte på de kriterier som følger av *Magill* og *IMS*, som begge dreiet seg om nektelse overfor førstegangslisenstakere, til tross for at nektelsen i *Microsoft* utgjør en avbrutt levering.²⁹⁴ Det kan her bemerkes at selv om Førsteinstansretten avviser Kommisjonens argument om at nektelsen måtte sees i lys av at den utgjorde et avbrudd i et leveringsforhold, fordi vilkårene i *IMS* og *Magill* i alle tilfeller var oppfylt, så avslår Retten ikke at dette vil kunne være et relevant argument i senere saker.²⁹⁵

Tidligere praksis fra EF-domstolen på området for leveringsnektelser, viser også at det er de samme kriterier som legges til grunn i de to tilfellene. I den prejudisielle avgjørelsen i *Bronner*, som dreiet seg om en nektelse overfor en ny kunde, tok EF-domstolen utgangspunkt i kriteriene for misbruksvurderingen i sine tidligere avgjørelser, *Commercial Solvents* og *Télémarketing*, til tross for at disse dreiet seg om avbrudd av etablerte leveranseforhold.²⁹⁶

Selv om praksisen fra EF-domstolen og Førsteinstansretten viser at det er de samme kriterier som i utgangspunktet legges til grunn i de to situasjonene, kan det reises spørsmål ved om virkningsvurderingen vil være noe strengere overfor tilfeller der nektelsen dreier

²⁹² *Microsoft* avsnitt 317.

²⁹³ *Microsoft* avsnitt 336 jfr. 317.

²⁹⁴ *Microsoft* avsnitt 329 -332. I *IMS* og *Magill* som dreiet seg om nektelse overfor nye lisenstakere ble det oppstilt et krav om ”nytt produkt”. Det var ikke tatt stilling til om dette også ville bli krevet i en situasjon der nektelsen utgjorde et avbrudd i et leveringsforhold da et slikt tilfelle ikke hadde vært oppe for Domstolen hva gjaldt opphavsrettslige lisensnektelser. Nevnte avsnitt i *Microsoft* viser imidlertid at et slikt krav også oppstilles der nektelsen utgjør et avbrudd. Se kapittel 3.7. Se også Hagland (2007), s. 65.

²⁹⁵ *Microsoft* avsnitt 712 jfr. 336 jfr. 317.

²⁹⁶ *Bronner* avsnitt 38.

seg om avbrutt levering i et eksisterende forretningsforhold fremfor en nektelse overfor en førstegangslisenstaker. Det er argumenter som taler i en slik retning.

Lang hevder at dersom et dominerende foretak kutter levering av en fasilitet etter at det har blitt verdifullt for aktørene i det avledede markedet, så vil dette nærmest alltid være brudd på artikkel 82. I en slik situasjon beviser tilstedeværelsen av flere konkurrenter på sekundærmarkedet nettopp at det er rom for konkurranse på markedet og å presse konkurrentene ut i en slik situasjon vil fort skade forbrukernes interesser.²⁹⁷ Kommisjonen uttaler i sitt Discussion Paper at når aktører har gjort investeringer i tilknytning til at de har fått tilgang til informasjon, så foreligger det en presumpsjon for at opprettholdelse av denne leveringen er fordelaktig for konkurransen.²⁹⁸ Når foretaket er aktivt på begge markeder og avslutter levering til en av få konkurrenter, så foreligger det, i følge Kommisjonen, også en presumpsjon for at nektelsen har en negativ effekt på konkurransen i sekundærmarkedet.²⁹⁹ Hvorvidt den effektive konkurransen faktisk står i fare for å bli eliminert, må imidlertid vurderes i det enkelte tilfellet. Står konkurransen på markedet ikke i fare for å bli eliminert til tross for avbrutt levering, foreligger heller ikke misbruk.

Dersom det foreligger avbrudd i levering av informasjon som i utgangspunktet gjør firmaer i stand til å operere i sekundærmarkedet, og dette blir akseptert, så hadde skjebnen til et selskap som er avhengig av slik input, ligget i hendene til rettighetshaver, og dette kan hevdes å øke risikoen for at nektelsen vil kunne ha en konkurransebegrensende effekt.³⁰⁰ Et ytterligere moment for å behandle slike tilfeller strengt, er at det dominerende foretak ikke skal få anledning til å levere info til aktører slik at de skal danne et fruktbart sekundærmarked, for deretter å kutte leveringen når de selv ønsker å etablere seg der.³⁰¹ Mye taler for at et avbrudd i leveringen i et slikt tilfelle vil skade konkurransen i markedet

²⁹⁷ Lang (2003), s. 615.

²⁹⁸ Discussion Paper avsnitt 217.

²⁹⁹ Discussion Paper avsnitt 222.

³⁰⁰ Geradin (2004), s. 1535. *Commercial Solvents* og *Microsoft* er eksempler.

³⁰¹ Geradin (2004), s. 1536.

og dermed forbrukernes interesser. Poenget her er at et foretak ikke skal settes i stand til å forenkle egen etablering og virksomhet i sekundærmarkedet ved å stoppe levering til konkurrenter på dette markedet. Dette var tilfellet både i *Commercial Solvents* på området for leveringsnektelser og *Microsoft* på området for opphavsrettslige lisensnektelser. Det man ønsker å forhindre ved anvendelsen av artikkel 82 er jo nettopp at et foretak bruker sin dominans i et marked til å vinne posisjon i andre markeder på grunn av at det settes i stand til å handle uavhengig av sine konkurrenter.³⁰²

Slike momenter kan tale for at vurderingen vil være noe strengere i tilfelle av avbrutt levering. Tidligere levering til kunden vil altså kunne tenkes å være et relevant moment, men Førsteinstansrettens tilnærming i *Microsoft* bekrefter at det er de samme prinsippene og vurderingstemaene som i utgangspunktet ligger til grunn for drøftelsen under artikkel 82 (b) – både i de tilfellene der nektelsen er rettet mot en førstegangslisenstaker og der den utgjør et avbrudd i et eksisterende leveringsforhold.³⁰³

3.7 "Nytt produkt" kriteriet

3.7.1 Kravets innhold

Neste moment i misbruksvurderingen, slik Førsteinstansretten går frem i *Microsoft*, er hvorvidt en nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon, hindrer fremveksten av et nytt produkt som det er en potensiell etterspørsel etter.³⁰⁴ Kriteriet utgjør den andre delen av analysen av hvilken virkning nektelsen har på konkurransen i sekundærmarkedet i den konkrete sak. Første spørsmål det er grunn til å knytte noen kommentarer til, er i hvilken situasjon det oppstår et krav om at fremveksten av et nytt produkt må hindres, for at en nektelse av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon kan utgjøre misbruk av dominerende stilling.

³⁰² *Microsoft* avsnitt 229.

³⁰³ Se O'Donoghue og Padilla (2006), s. 458-461 for en nærmere fremstilling av diskusjonen om de to typetilfellene skal behandles likt eller ikke.

³⁰⁴ *Microsoft* avsnitt 332 jfr. avsnitt 621-665.

EF-domstolens praksis viser at vilkåret oppstilles i de situasjoner nektelsesgjenstanden er opphavsrettslig beskyttet. Dette var tilfellet i *Magill* og *IMS*.³⁰⁵ Vilkåret skiller således Domstolens behandling av opphavsrettslige lisensnektelser fra behandling av fysiske leveringsnektelser. Førsteinstansretten påpeker dette eksplisitt i *Microsoft*:

”The Court notes that the circumstance that the refusal prevents the appearance of a new product for which there is potential consumer demand is found only in the case-law on the exercise of an intellectual property right.”³⁰⁶

I og med at Førsteinstansretten forutsetter at interoperabilitetsinformasjonen som Microsoft nekter å tilgjengeliggjøre, er opphavsrettslig beskyttet, tar Retten stilling til kravet om ”nytt produkt” også i *Microsoft*. Dersom samvirkeinformasjonen hadde vært antatt ubeskyttet, hadde misbruksvurderingen, i henhold til praksis om leveringsnektelser, stoppet ved konkurranseelimineringskriteriet.³⁰⁷ Det skal, ut i fra læren om leverings- og lisensnektelser slik den er utviklet av EF-domstolen, altså mindre til for å gripe inn overfor en nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon hvis informasjonen er ubeskyttet. På grunn av dette, er det av stor prinsipiell betydning hvorvidt informasjonen faktisk er underlagt beskyttelse eller ei, og således uheldig at Førsteinstansretten kun legger en forutsetning til grunn. I det konkrete tilfellet fikk det imidlertid ingen betydning, fordi vilkårene etter læren om opphavsrettslige lisensnektelser i alle tilfeller ble ansett oppfylt.³⁰⁸

Etter avgjørelsene i *Magill* og *IMS*, som begge dreiet seg om nektelse overfor nye lisenssøkere og hvor det ble oppstilt et krav om nytt produkt/market, kunne det reises spørsmål om et krav om ”nytt produkt” også ville oppstilles i de tilfeller nektelsen utgjorde

³⁰⁵ *Magill* avsnitt 7 og *IMS* avsnitt 10.

³⁰⁶ *Microsoft* avsnitt 334. Se Hagland (2007), kapittel 1.3.2. om forskjellen mellom leverings- og lisensnektelser.

³⁰⁷ Se for eksempel *Bronner* avsnitt 41, *Télémarketing* avsnitt 25-26 jfr. *Commercial Solvents* avsnitt 25

³⁰⁸ *Microsoft* avsnitt 283-284.

et avbrudd i et leveringsforhold.³⁰⁹ Spørsmålet hadde ikke vært forelagt EF-domstolen, da de tidligere saker som omhandlet nektelser i eksisterende leveringsforhold, hadde dreiet seg om fysiske leveringsnektelser.³¹⁰ Førsteinstansrettens vurdering i *Microsoft* viser at ”nytt produkt”-kravet også gjør seg gjeldende der nektelsen utgjør et avbrudd i et eksisterende forretningsforhold. Retten tar direkte utgangspunkt i misbrukskriteriene slik de var oppstilt i *Magill* og *IMS*.³¹¹ EF-domstolen og Førsteinstansrettens praksis tilsier altså at det må oppstilles et krav om at nektelsen hindrer fremveksten av et nytt produkt for at det kan foreligge et misbruk, i alle tilfeller der nektelsesgjenstanden er opphavsrettslig beskyttet. Hvorvidt nektelsens karakter av avbrudd derimot har betydning for kravets innhold, kommer jeg tilbake til senere i kapitlet.

Spørsmålet som naturlig reiser seg, er hvorfor EF-domstolen og Førsteinstansretten har oppstilt et krav om at en opphavsrettslig lisensnektelse må hindre fremveksten av et ”nytt produkt”. Spørsmålet har interesse for fremstillingen, fordi det er grunn til å se Førsteinstansrettens tilnærming til ”nytt produkt”-kravet i *Microsoft*, i sammenheng med bakgrunnen for å oppstille et slikt tilleggskrav i de tilfeller nektelsesgjenstanden er opphavsrettsbeskyttet.³¹²

Bakgrunnen for kravet ligger i at læren om fysiske leveringsnektelser kun innebærer en vurdering av om en nektelse svekker den statiske konkurransen. Det er antatt at eneretten kan fremme forbrukernes interesser i et mer langsiktig – dynamisk – perspektiv fordi den bidrar til innovasjon.³¹³ Dermed kan ikke et pålegg om levering uten videre anses som konkurransefremmende, selv om pålegg om levering skulle ha en positiv virkning på den

³⁰⁹ Se Hagland (2007), s. 65. For mer om ”nytt produkt”-kravet slik det er utviklet i *IMS* og *Magill*, se O’Donoghue og Padilla (2006), s. 445-450, Kolstad og Ryssdal (2007), s. 571-573 og 577-580 og Hagland (2007), kapittel 1.4.4.3.3.

³¹⁰ *Commercial Solvents* og *Télémarketing*.

³¹¹ *Microsoft* avsnitt 332 jfr. *IMS* avsnitt 37 og *Magill* avsnitt 50-56.

³¹² Se kapittel 3.7.3.

³¹³ Se kapittel 1.3. og Hagland (2007), s. 64 og kapittel 2.1.3.

statiske konkurransen.³¹⁴ I og med at eneretten er antatt å fremme den dynamiske konkurransen, er det grunn til å oppstille et ytterligere krav, slik at det bare gripes inn overfor en slik nektelse når denne virker konkurransebegrensende – både i et statisk og et dynamisk perspektiv.³¹⁵ EF-domstolen uttalte begrunnelsen for vilkåret i *IMS*, nemlig at et pålegg om lisens kun er begrunnet der en immaterialrettighet utnyttes på en måte som hindrer dynamisk utvikling til skade for forbrukernes interesser:

”afveiningen mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder og hensynet til rettighedsindehaverens frie næringsret, og på den anden side hensynet til beskyttelsen af den frie konkurrence, kun kan lægges afgørende vægt på sistnævnte hensyn i tilfælde, hvor nægtelsen af at meddele lisens er til hinder for udviklingen af det afledte marked, til skade for forbrugerne.”³¹⁶

Bare i de tilfeller opphavsretten hindrer fremveksten av nye produkter/produktmarkeder, har det vært antatt at nektelsen bidrar til et effektivitetstap også i dynamisk perspektiv, slik at et inngrep kan skje.³¹⁷ Hindring av fremvekst av et nytt produkt har altså vært målestokk for om den dynamiske konkurransen, i tillegg til den statiske, er svekket av nektelsen til tross for konkurranserettens og opphavsrettens sammenfallende formål om størst mulig grad av innovasjon.³¹⁸

I *Magill* fant EF-domstolen at det kunne gripes inn overfor nektelsen av å tilgjengeliggjøre tv-programinformasjon fordi nektelsen hindret fremveksten av et konkret nytt produkt som tv-selskapene ikke tilbød, og som det var en potensiell etterspørsel blant forbrukerne etter (en ny ukentlig tv-guide med alle kanalenes programmer).³¹⁹ Angivelsen av kriteriet i denne saken var altså langt snevrere enn ordlyden i artikkel 82 (b). I *IMS* uttalte EF-

³¹⁴ Hagland (2007), s. 64.

³¹⁵ Kolstad (1998), s. 435.

³¹⁶ *IMS* avsnitt 48.

³¹⁷ Hagland (2007), s. 31.

³¹⁸ For mer om en lisensnektelses virkning på den statiske og dynamiske konkurransen, se Hagland (2007), kapittel 1.4.4.2 og 1.4.4.3. Se også O'Donoghue og Padilla (2006), s. 415-421.

³¹⁹ *Magill* avsnitt 54 og *Microsoft* avsnitt 644-645.

domstolen at konkurranseretten bare kan gripe inn når nektelsen hindrer utviklingen av sekundærmarkedet til skade for forbrukeren.³²⁰

Spørsmålet heretter blir hvordan Førsteinstansretten tolker innholdet av ”nytt produkt”-kravet med hensyn til samvirkespørsmålet i *Microsoft*. Etter innledningsvis å ha understreket at vurderingen av Microsofts nektelse skal vurderes opp mot EF-traktaten artikkel 82 (b) som forbyr utilbørlig utnyttelse som består i ”limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers”³²¹ og trukket frem EF-domstolens formulering av kriteriet i *Magill* og *IMS*,³²² uttaler Førsteinstansretten følgende om hvilket innhold de mener kriteriet må synes å ha og som dermed er den forståelsen som de mener må legges til grunn for vurderingen i den foreliggende sak:

”The circumstance relating to the appearance of a new product, as envisaged in *Magill* and *IMS Health*, (...), cannot be the only parameter which determines whether a refusal to license an intellectual property right is capable of causing *prejudice to consumers* within the meaning of Article 82 (b) EC. As that provision states, such prejudice may arise where there is a limitation not only of production or markets, but also of *technical development*.” (Min uth.)³²³

Uttalelsen viser at Førsteinstansretten mener at kravet må forstås videre enn EF-domstolens formuleringer i *Magill* og *IMS* – at forbrukernes interesser også kan være skadet i artikkel 82 (b)s forstand i de tilfeller den teknologiske utviklingen hindres. Førsteinstansretten gir Kommisjonen støtte for at Microsofts nektelse måtte vurderes opp mot hvorvidt den teknologiske utviklingen var hindret til skade for forbrukerne og kommer til at så var tilfellet, og at kravet om ”nytt produkt” dermed er oppfylt.³²⁴ En ser her at Retten åpner for at det ikke må legges altfor stor vekt på ordlyden i tidligere avgjørelser

³²⁰ *IMS* avsnitt 48 og *Microsoft* avsnitt 646.

³²¹ *Microsoft* avsnitt 643 jfr. EF-traktaten artikkel 82 (b).

³²² *Microsoft* avsnitt 644-646.

³²³ *Microsoft* avsnitt 647.

³²⁴ *Microsoft* avsnitt 647 og 665.

slik at vilkåret tolkes for snevert i forhold til formuleringen i artikkel 82 (b).³²⁵ Lista for når vilkåret kan anses oppfylt, senkes altså i forhold til tidligere praksis. Som det gjengitte sitatet viser, understreker Førsteinstansretten at hvorvidt fremvekst av et konkret nytt produkt hindres, ikke kan være den eneste målestokk for hvorvidt forbrukernes interesser skades av nektelsen og at det er forbrukernes interesser som er det sentrale vurderingstemaet. Det er ivaretagelse av forbrukernes interesser som i alle tilfeller er bakgrunnen for ”nytt produkt”-kravet – det er antatt at fremveksten av nye produkter fremmer forbrukernes interesser, og hindring av fremvekst av slike har dermed blitt brukt som parameter for hvorvidt forbrukernes interesser er skadet.³²⁶

På bakgrunn av Førsteinstansrettens tolkning av kravet, kan ikke Microsoft høres med sin påstand om at det ikke foreligger misbruk fordi det ikke er identifisert et nytt produkt som konkurrentene vil bruke den omtvistede informasjonen til å utvikle.³²⁷ Ut i fra Førsteinstansrettens tilnærming er det ikke lenger et krav om å statuere at fremveksten av et konkret nytt produkt hindres. Det vil si at dersom nektelsen forhindrer konkurrenter fra å tilby uspesifiserte fremtidige produkter på sekundærmarkedet og forbedrede utgaver av allerede eksisterende produkter, så vil dette kunne være nok til at kravet er oppfylt. Det har blitt hevdet at en slik forståelse er uforenlig med *Magill*-testen.³²⁸ Å betegne kriteriet som et krav om ”nytt produkt” er, i henhold til Førsteinstansrettens forståelse, iallfall ikke særlig betegnende lenger. Etter *Microsoft* må kriteriet forstås som et krav om at nektelsen må hindre teknologisk utvikling til skade for forbrukerne for at inngrep med hjemmel i artikkel 82 (b) kan skje.³²⁹

³²⁵ O'Donoghue gir uttrykk for at man vanskelig kan kritisere Førsteinstansretten for å legge en utvidet forståelse av kravet til grunn fordi deres formulering springer direkte ut av ordlyden i artikkel 82 (b), se O'Donoghue (2007), s. 8.

³²⁶ Ahlborn, Evans og Padilla (2005), s. 1132.

³²⁷ *Microsoft* avsnitt 624.

³²⁸ Geradin (2004), s. 1538.

³²⁹ Beatriz Conde Gallego, *International Workshop: Article 82 EC*, Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, 6.-7. mars 2008 påpekte i sitt foredrag at kravet etter *Microsoft* måtte anses som et krav om at nektelsen enten hindret fremveksten av et nytt produkt som det var potensiell etterspørsel etter eller hindret den teknologiske

Førsteinstansretten selv knytter få kommentarer til sin utvidelse av kravet. Et spørsmål som kan reises, er hvorvidt det har betydning for innholdet i kriteriet at nektelsen utgjør et avbrudd i et eksisterende leveringsforhold fremfor en nektelse overfor en førstegangslisenstaker. Førsteinstansretten ser ikke ut til i sin vurdering av kriteriet å vektlegge at Microsoft skiller seg fra tidligere praksis med hensyn til dette. Jeg mener imidlertid det er grunn til å påpeke visse aspekter ved denne forskjellen.

Ved en avbrutt levering, har konkurrentene før nektelsen vært i stand til operere på sekundærmarkedet. I denne sakens tilfelle var konkurrentene også aktive før Microsoft selv. Konkurrentene ønsket å fortsette å konkurrere som før på markedet for serveroperativsystemer og trengte dermed tilgang til den nektede uunnværlige informasjonen. Det ville virke lite praktisk at de, dersom de plutselig ble nektet nødvendig samvirkeinformasjon, måtte komme opp med et konkret nytt produkt som nektelsen måtte hindre fremveksten av, for at nektelsen kunne anses konkurransebegrensende og til skade for forbrukerne.³³⁰ I *Microsoft* var situasjonen den at når selskapets konkurrenter hadde bygd opp et velfungerende sekundærmarked, etablerte Microsoft seg på dette markedet og stoppet levering av samvirkeinformasjon i et forsøk på å monopolisere også dette markedet. Hvis man i denne situasjonen setter frem et krav om at konkurrentene må utvikle et helt nytt produkt for at artikkel 82 kunne komme til anvendelse, ville det stå i veien for at konkurrentene vil kunne kreve å fortsette å produsere sine suksessfulle produkter i det marked som det dominerende foretaket er på vei til å monopolisere.³³¹ En ser av dette at et krav om et konkret nytt produkt ikke vil være et like hensiktsmessig kriterium med tanke på å ivareta forbrukernes interesser ved en avbrutt levering, som ved en nektelse overfor en

utviklingen til skade for forbrukerne. Dette kan jeg ikke se at er nødvendig, da jeg mener at hindringen av fremveksten av et nytt produkt i alle tilfeller også vil medføre en hindring av den teknologiske utviklingen. At innholdet i kravet er utvidet gjør nettopp at en ikke trenger ta stilling til om fremveksten av et nytt, konkret produkt hindres.

³³⁰ Det er diskutert hva som ligger i at et produkt er ”nytt” eller ikke. Se Hagland (2007), s. 68-70

³³¹ Geradin (2004), s. 1538.

førstegangslisenstaker hvor tilskudd av et nytt produkt nettopp vil være et bidrag til utviklingen av dette markedet.

Selve spørsmålet som må besvares, er hvorvidt konsumentene får et dårligere tilbud ved nektelse enn uten nektelse – det være seg ved at en nektelse reduserer det allerede eksisterende produkttilbudet eller ved at nektelsen hindrer fremveksten av et nytt produkt.³³² Det er som Førsteinstansretten sier, ikke parameteret som er det sentrale, men om forbrukernes interesser virkelig skades ved nektelsen.³³³ Kravet syntes inntil *Microsoft*, å være formulert ut i fra at det hadde dreiet seg om førstegangslisenser, hvor en krever at nektelsen hindrer nye aktørers bidrag til markedsutviklingen i form av nye produkter som det er potensiell etterspørsel etter, for at et inngrep i eneretten kan tjene forbrukernes interesser.³³⁴ Ut i fra dette kan det reises spørsmålsteget om kravet, i potensielle senere interoperabilitetssaker der nektelsen er rettet mot en førstegangslisenstaker, vil formuleres som et krav om ”nytt produkt”, som i *IMS* og *Magill*, eller om det vil formuleres videre, som et krav om hindring av teknologisk utvikling, som i *Microsoft*.³³⁵

Endelig er spørsmålet hvilke momenter som i den konkrete sak vil inngå i en vurdering av om nektelsen hindrer den teknologiske utviklingen til skade for forbrukernes interesser, slik at foretaket får en plikt til å tilgjengeliggjøre grensesnittinformasjon om sitt program i primærmarkedet. Selv om Førsteinstansrettens vurdering i *Microsoft* er konkret, gir den retningslinjer som har rekkevidde utover saken.

³³² Hagland (2007), s. 73.

³³³ *Microsoft* avsnitt 647.

³³⁴ Jfr. *Magill* og *IMS*.

³³⁵ EF-domstolens avgjørelse i *IMS* falt én måned etter Kommisjonens avgjørelse i *Microsoft*. Vitende om at avgjørelsen antakelig ville ha en sentral betydning i klageomgangen i *Microsoft*, kan det stilles spørsmålsteget ved at Domstolen ikke begrunnet sin formulering av ”nytt produkt”-kravet i større grad. Se Geradin (2004), s. 1539.

3.7.2 "Lock-in" effekten – reduserte valgmuligheter for brukeren

Innledningsvis i sin drøftelse av hvorvidt den teknologiske utviklingen er hindret til skade for forbrukerne, trekker Førsteinstansretten frem at mangel på interoperabilitet med Windows systemarkitektur for andre arbeidsgruppe-serveroperativsystemer enn Microsofts egne, førte til at en del brukere ble "låst" til en homogen Windows helhetsløsning. Konsekvensen av Microsofts nektelse var at konkurrentene ikke kunne produsere arbeidsgruppe-serveroperativsystemer som var tilstrekkelig interoperative med Microsofts klientoperativsystemer til at de utgjorde et reelt alternativ til Windows. Dette førte til at kundenes valg av arbeidsgruppe-serveroperativsystem falt på Microsofts egne programmer på grunn av disses høye grad av interoperabilitet.

En slik forskjell i interoperabilitetsgrad, som gjør at forbrukerne "tvinges" til å ta i bruk et foretaks eget system i stedet for å kunne velge fritt mellom produktene på markedet, utgjør en begrensning i forbrukernes valgmuligheter. Førsteinstansretten trekker frem at en slik begrensning i valgmuligheter skader forbrukernes interesser særlig i denne saken fordi forbrukerne syntes at andre produkter enn Microsoft sine, var bedre på en rekke felter de verdsatte høyt ved valg av arbeidsgruppe-serveroperativsystem. Når de er "låst" til å bruke Microsofts programmer på grunn av behovet for interoperabilitet, vil de ikke kunne nyte godt av utviklingen av produktene til konkurrentene til Microsoft. Den økte graden av opptak av Windows 2000 programmene innad i organisasjoner og det faktum at interoperabilitetsproblemene økte parallelt med denne, bidro til å forsterke "lock-in" effekten som nektelsen hadde.³³⁶ Det er altså ikke fordi Microsoft tilbyr det kundene mener er bedre produkter enn konkurrentenes, at kundene velger Microsofts produkter i sekundærmarkedet, men fordi de på grunn av mangel på samvirke ikke har reelle valgmuligheter. Som Førsteinstansretten uttaler det, er Microsofts overtak på konkurrentene "to be explained not so much by the merits of its products as by its interoperability advantage"³³⁷.

³³⁶ *Microsoft* avsnitt 650-652.

³³⁷ *Microsoft* avsnitt 407.

3.7.3 Aktørenes innovasjonsincentiver

Hovedsakelig består Rettens vurdering av om den teknologiske utvikling er hindret til skade for forbrukerne, i en vurdering av aktørenes innovasjonsincentiver. Retten trekker frem at konkurrentenes incentiv til å innovere ble redusert ved at Microsoft nektet dem tilgang til uunnværlig interoperabilitetsinformasjon. Den hevder at det kunstige fortrinnet som Microsoft fikk på markedet for arbeidsgruppe-serveroperativsystemer ved å nekte konkurrentene samme grad av interoperabilitet som de selv hadde, og dermed var i stand til å ”låse” kundene i et homogent Windows nettverk, gjorde konkurrentene motløse med tanke på å utvikle og markedsføre nye innovative arbeidsgruppe-serveroperativsystemer.³³⁸ Nektelsen førte til at konkurrentene ble satt tilbake konkurransemessig i forhold til Microsoft og stengte for at operativsystemer med nye funksjoner ble tilbudt.³³⁹ Dette skadet brukernes interesser fordi de ikke ville få nytte godt av Microsofts konkurrenters innovasjon og utvikling av produkter på markedet. Førsteinstansretten trekker frem Kommisjonens oppfatning om at dersom konkurrentene hadde hatt tilgang til den nektede informasjonen, så ville de gjøre sine produkter tilgjengelige som alternative deler av nettverkssystemet og tilføre innovative funksjoner og forbedringer til arbeidsgruppe-nettverkene.³⁴⁰ Slik sett ville de bidra til den teknologiske utviklingen til fordel for forbrukerne.

I henhold til Førsteinstansrettens vurdering, bidrar altså nektelsen til at Microsoft får et forsprang på konkurrentene i markedet, selv om kundene i utgangspunktet foretrekker andre produkter – selskapet får en såkalt ”artificial advantage”.³⁴¹ Dermed reduseres innovasjonsincentivene til konkurrentene, og Førsteinstansretten kommer av denne grunn til at den teknologiske utvikling i markedet hindres til skade for forbrukerne fordi utvikling

³³⁸ *Microsoft* avsnitt 653.

³³⁹ *Microsoft* avsnitt 653 jfr. kommisjonsavgjørelsen avsnitt 694.

³⁴⁰ *Microsoft* avsnitt 654.

³⁴¹ *Microsoft* avsnitt 653.

av nye funksjoner og utgaver av serveroperativsystemer hindres.³⁴² Dermed antar Retten at kravet om ”nytt produkt” er oppfylt også i *Microsoft*.³⁴³

En ser av dette at Førsteinstansrettens vurdering av om den teknologiske utviklingen er hindret til skade for forbrukerne, dreier seg om å kartlegge aktørenes incentiver til å forbedre og utvikle produkter i sekundærmarkedet og vurdere hvorvidt disse er skadet, fremfor å identifisere nye produkter som hindres utviklet ved en nektelse – slik som i tidligere praksis. På denne måten kan en si at Førsteinstansretten bytter ut spørsmålet om produktfornyelse i *Magill* og *IMS* med en analyse av incentiver.³⁴⁴

Førsteinstansrettens uttalelser tyder på at det legges opp til en viss produktdifferansiering i og med at Retten trekker frem at samme spesifikasjon kan implementeres på mange forskjellige og nyskapende måter, slik at konkurrentene vil bli i stand til å tilby arbeidsgruppe-serveroperativsystemer som skiller seg fra Microsoft sitt produkt blant annet hva gjelder egenskaper som brukerne verdsetter høyt.³⁴⁵ Førsteinstansretten trekker i denne sammenheng frem at tilgjengeliggjøring av den omstridte informasjonen ikke vil gjøre Microsofts konkurrenter verken i stand til å klonе eller produsere Microsofts

³⁴² *Microsoft* avsnitt 665.

³⁴³ *Microsoft* avsnitt 665. Retten påpekte endelig i sin vurdering av om nektelsen hindret den teknologiske utviklingen til skade for forbrukerne, at det er slått fast gjennom rettspraksis at artikkel 82 ikke bare dekker aktivitet som rammer forbrukerne direkte, men også den aktivitet som indirekte rammer ved å svekke en effektiv konkurransestruktur på markedet. Retten viser til avgjørelsene i Sak 85/76 *Hoffman-La Roche* mot *Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 461, avsnitt 125 og Sak T-228/97 *Irish Sugar* mot *Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2969, avsnitt 232. Retten mente at Microsoft svekket den effektive konkurransestrukturen i sekundærmarkedet ved å tilegne seg en så betydelig markedsandel på dette markedet (avsnitt 664). Se Marsden (2007) for kritikk av uttalelsen.

³⁴⁴ Lévêque (2005), s. 75. Se fremstillingen for en nærmere økonomisk analyse av ”nytt produkt” versus incentivanalyse.

³⁴⁵ *Microsoft* avsnitt 656 jfr. kommisjonsavgjørelsen avsnitt 699.

operativsystemer, og at konkurrentene heller ikke vil ha en interesse i reproduksjon– fordi de for å hevde seg ville måtte differensiere sine produkter fra Microsoft sine.³⁴⁶

Spørsmålet som reiser seg etter Førsteinstansrettens vurdering av hvorvidt ”nytt produkt”-kravet er oppfylt, er om ikke vurderingen av om den teknologiske utviklingen på sekundærmarkedet hindres til skade for forbrukerne, også skal omfatte nektelsens påvirkning på rettighetshavers egne innovasjonsincentiver.

Microsoft argumenterte nettopp for at et pålegg om tilgjengeliggjøring av den omstridte interoperabilitetsinformasjonen ville medføre at selskapets eget incentiv til å utvikle ble redusert, og dermed måtte taes i betraktning i vurderingen av om forbrukernes interesser ble skadet ved en nektelse. Førsteinstansretten uttaler imidlertid at dette argumentet ikke har relevans for vurderingen av om kravet om ”nytt produkt” er oppfylt – at vurderingen av dette vilkåret kun relaterer seg til nektelsens virkning på Microsofts konkurrenters incentiv til innovasjon. Hvorvidt Microsofts incentiver påvirkes ved pålegg om tilgjengeliggjøring er, i henhold til Førsteinstansretten, først et tema under vurderingen av hvorvidt det foreligger en objektiv begrunnelse for nektelsen.³⁴⁷

En ser av Førsteinstansrettens tilnærming at det altså ikke er noen plass til nektelsens virkning på rettighetshavers egne incentiver i vurderingen av om den teknologiske utviklingen er hindret til skade for forbrukerne og således om misbruk foreligger. Etter Førsteinstansrettens avgjørelse i *Microsoft*, må en dermed anta at et lisenspåleggs negative virkning på rettighetshavers innovasjonsincentiver kun har en plass som objektiv begrunnelse for en nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon – eller andre opphavsrettsbeskyttede gjenstander.

³⁴⁶ *Microsoft* avsnitt 657-658.

³⁴⁷ *Microsoft* avsnitt 659. Se kapittel 3.8.2. om rettighetshavers innovasjonsincentiver som begrunnelse for nektelse.

Det er grunn til å knytte noen nærmere kommentarer til Førsteinstansrettens avvisning av Microsofts argument. Det kan stilles spørsmål ved om ikke rettighetshavers innovasjonsincentiver *bør* ha en plass i virkningsanalysen og hva Retten synes å legge i at den teknologiske utviklingen er hindret til skade for forbrukeren ved å avvise argumentet. Det kan hevdes at Førsteinstansretten, i sin tilnærming, ikke tar hensyn til nektelsens totale påvirkning på den dynamiske effektiviteten – og dermed begrenser sin vurdering til hvorvidt forbrukernes interesser er skadet i et statisk perspektiv. Samfunnet vil kunne lide et tap over tid dersom et inngrep i eneretten reduserer verdien av denne for rettighetshaver – og dermed reduserer vedkommendes incentiver og muligheter til innovasjon.³⁴⁸ Et pålegg om lisens kan, nettopp fordi rettighetshavers incitament kan skades, ikke uten videre anses som konkurransefremmende selv om pålegget vil ha en positiv effekt på konkurrentenes innovasjonsincentiver.³⁴⁹ For at forbrukernes interesser ikke skal skades, må den effektivitetsgevinst forbrukerne og samfunnet får ved at den aktuelle kunnskap taes i bruk på nye måter ved at lisens gis, være større enn de negative virkninger en konkurranserettslig tvangslisens har på de dynamiske effektivitetsgevinster.³⁵⁰ Det får en ikke målt når nektelsens virkning på rettighetshavers innovasjonsincentiver blir ansett irrelevant i vurderingen av om forbrukernes interesser er skadet ved nektelse.

Ved at Førsteinstansretten anser nektelsens påvirkning på rettighetshavers innovasjonsincentiver irrelevant, blir vurderingen en effektivitetsvurdering uten hensyn til at hemmeligholdelse ville kunne ha en så positiv effekt på rettighetshavers innovasjonsincentiver og dermed den fremtidige teknologiske utviklingen på sekundærmarkedet, at forbrukernes interesser totalt sett antas å ikke skades. Helhetsbildet av nektelsens påvirkning på de totale innovasjonsincentivene i markedet forsvinner ved å avvise Microsofts argument. En kan altså sette spørsmålstegn ved hva Førsteinstansretten legger i forbrukernes interesser når de ikke tar i betraktning rettighetshavers bidrag til den teknologiske utvikling under sin drøftelse.

³⁴⁸ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 415.

³⁴⁹ Hagland (2007), s. 64.

³⁵⁰ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 580, Lévêque (2005), s. 75.

Førsteinstansrettens avvisning av Microsofts argument viser at det er nektelsens virkning, og forbrukernes interesser, i et statisk perspektiv som er gjenstand for vurdering under ”nytt produkt”-kravet. Dette kan hevdes å stride mot selve bakgrunnen for kravet, som nettopp er å ivareta enerettens positive virkning i et dynamisk perspektiv.³⁵¹

At nektelsens positive virkning på rettighetshavers innovasjonsincentiver i den enkelte sak, ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelig til å oppveie nektelsens negative innvirkning på konkurrentenes incentiver, er en annen sak. Det må avgjøres i det konkrete tilfellet. I denne diskusjonen er temaet kun om vurderingen bør ha en plass under vurderingen av nektelsens virkning på konkurransen under selve misbruksvurderingen, eller ei.

3.8 Objektiv begrunnelse

3.8.1 Kravets innhold

For å kartlegge mulighetene for å få tilgang til andre leverandørers samvirkeinformasjon, må det endelig vurderes hvorvidt det dominerende foretak kan begrunne sin nektelse i tilstrekkelig grad, til at det går klar av et konkurranserettslig pålegg om å tilgjengeliggjøre hemmeligholdt interoperabilitetsinformasjon. Førsteinstansretten uttaler, i sin avgjørelse i *Microsoft*, at dersom nektelsen, i tillegg til å være konkurransebegrensende i henhold til vilkårene overfor, er ubegrunnet, vil nektelsen utgjøre et brudd på artikkel 82 (b).³⁵²

EF-domstolen har i artikkel 82 innfortolket en åpning for at adferd som egentlig kvalifiserer til misbruk, går klar av regelen dersom atferden kan anses som objektivt nødvendig for å ivareta legitime formål, og den i utgangspunktet konkurransebegrensende eller forskjellsbehandlende adferd er et proporsjonalt virkemiddel for å oppnå disse formål.³⁵³ Unntaket fungerer som en slags sikkerhetsventil i den forstand at det dominerende foretaket kan unngå et konkurranserettslig inngrep i sin enerett dersom sterke

³⁵¹ Se kapittel 3.7.1.

³⁵² *Microsoft* avsnitt 333.

³⁵³ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 373.

nok hensyn tilsier det, selv om nektelsen virker negativt på konkurransen i det avledede markedet. En slik unntaksregel gjelder for alle typer misbruk, men begrunnelsene vil variere avhengig av den konkrete sakens karakter.³⁵⁴ Selv om vilkåret er trukket frem i en rekke saker, er det vanskelig å gi kravet et presist innhold fordi det vil variere ut i fra de konkrete omstendigheter.³⁵⁵ Det kan synes som at EF-domstolen har tolket kravet snevert.³⁵⁶

Spesielt for kravet til en objektiv begrunnelse er at bevisbyrden snus i forhold til misbruksvurderingen. Mens konkurransemyndighetene har bevisbyrden for at det foreligger misbruk av den dominerende stilling, må det aktuelle foretak bevise at det foreligger en objektiv begrunnelse slik at det likevel unngår et inngrep i sin enerett.³⁵⁷ Hvis misbruk i utgangspunktet ikke statueres, kommer spørsmålet om begrunnelse naturlig nok heller ikke opp. På bakgrunn av dette har det stor betydning for partene hvorvidt vurderinger plasseres under dette vilkåret eller under selve misbruksvurderingen. Dette kommer jeg tilbake til under behandlingen av Microsofts argument om at deres innovasjonsincentiver ville bli skadet ved pålegg om lisens, i kapittel 3.8.2.

Spørsmålet i denne sammenheng er hva som kan anses å være legitime begrunnelser for å nekte andre tilgang til interoperabilitetsinformasjon. I *Microsoft* trakk selskapet frem flere momenter de mente begrunnet nektelsen tilstrekkelig til at inngrep ikke kunne skje, men både Kommisjonen og Førsteinstansretten kom i sine avgjørelser til at Microsoft ikke klarte godtgjøre at tilstrekkelig begrunnelse forelå.³⁵⁸

³⁵⁴ Korah (2006), s. 150.

³⁵⁵ Rousseva (2007), s. 377.

³⁵⁶ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 450, Kolstad og Ryssdal (2007), s. 373.

³⁵⁷ Se for eksempel *Microsoft* avsnitt 688: "(...) it is for the dominant undertaking concerned, and not for the Commission (...), to raise any plea of objective justification and to support it with arguments and evidence."

³⁵⁸ *Microsoft* avsnitt 710 og 711. Jeg vil i denne fremstillingen begrense meg til å behandle de begrunnelsene som Microsoft fremmet i saken. Det vil også kunne være andre begrunnelser for nektelse som kan være aktuelle i en konkret sak, men som er mer generelle, som for eksempel lisenstakers kredittverdighet. Se

Jeg vil i det videre se nærmere på Microsofts argumenter i den konkrete saken. Spørsmålet er hvordan Førsteinstansretten forholder seg til foretakets begrunnelser og hvilken veiledning Rettens vurdering av begrunnelsene kan antas å gi utover den konkrete sak.

3.8.2 Begrunnelser knyttet til nektelsens karakter og dens virkning på rettighetshavers innovasjonsincentiver

Første spørsmål er hvordan Førsteinstansretten forholder seg til Microsofts argument om at nektelsen av å tilgjengeliggjøre samvirkeinformasjon, var begrunnet i den immaterialrettslige beskyttelsen den omstridte informasjonen var underlagt.³⁵⁹

Førsteinstansretten er i sin vurdering av begrunnelsen, klar i sin tale og uttrykker at immaterialrettslig beskyttelse i seg selv ikke kan utgjøre en objektiv begrunnelse når nektelsen behandles under de vilkårene som er oppstilt i *Magill* og *IMS*.³⁶⁰ I disse avgjørelsene er det statuert at en nektelse under særlige omstendigheter nettopp *kan* utgjøre misbruk av dominerende stilling.³⁶¹ Retten påpeker at Microsofts argument på dette punkt er direkte inkonsistent med *raison d'être* av EF-domstolens anerkjennelse av at opphavsrettslige lisensnektelser unntaksvis vil kunne gripes inn i til fordel for konkurransen. Retten hevder altså at argumentet undergraver selve eksistensen av læren om opphavsrettslige lisensnektelser som misbruk av dominerende stilling, og at læren vil miste sitt anvendelsesområde hvis begrunnelsen aksepteres – at en opphavsrettslig lisensnektelse da ikke vil kunne utgjøre et brudd på EF-traktaten artikkel 82 (b).³⁶²

Ut i fra Førsteinstansrettens *resonnement*, kan altså ikke immaterialrettslig beskyttelse i seg selv utgjøre en objektiv begrunnelse for å holde tilbake interoperabilitetsinformasjon etter den lære som i dag gjelder.

O'Donoghue og Padilla (2006), s. 450-454 for en generell fremstilling av læren om objektiv begrunnelse. Se også Rousseva (2007) og Østerud (2007).

³⁵⁹ *Microsoft* avsnitt 689 jfr. kommisjonsavgjørelsen avsnitt 709.

³⁶⁰ *Microsoft* avsnitt 690.

³⁶¹ Se kapittel 3.2.

³⁶² *Microsoft* avsnitt 690.

Andre spørsmål er hvordan Førsteinstansretten forholder seg til Microsofts argument om at foretaket hadde lagt ned store investeringer i utviklingen av de aktuelle kommunikasjonsprotokollene og at grensesnittinformasjonen inneholdt betydningsfulle innovasjoner - at informasjonen var resultat av massiv forskning og utvikling.³⁶³ Førsteinstansretten avviser også dette argumentet raskt – med følgende begrunnelse: ”There can be no patent without an invention and no copyright without an original work.”³⁶⁴

Retten uttrykker altså at det ligger i selve opphavsrettsbeskyttelsen at beskyttelsesgjenstanden – her samvirkeinformasjonen – er innovativ eller original.³⁶⁵ Enerettskonstellasjonen bygger nettopp på at en kun får beskyttelse dersom en viss innsats ligger bak.³⁶⁶ Førsteinstansretten synes å betrakte argumentet som det samme som å hevde at immaterialrettsbeskyttelse i seg selv skulle kunne utgjøre en begrunnelse, og avviser det uten videre drøftelse. Det kan på dette punkt bemerkes at Retten bygger sin avgjørelse kun på en *forutsetning* om at den nektede informasjonen er opphavsrettsbeskyttet, og at Microsoft dermed i utgangspunktet fikk en mer fordelaktig behandling under misbruksvurderingen ved at den strengeste testen ble lagt til grunn.

Selv om Retten avviser argumentet raskt, ser jeg grunn til å gå noe nærmere inn på denne begrunnelsen for nektelse. Spørsmålet som kan reises, er om dommen stenger for å ta i betraktning karakteren av rettigheten som en relevant begrunnelse for nektelse, eller om Retten kun er av den oppfatning at argumentet ikke fører frem i den konkrete sak, fordi den mener at den aktuelle nektelsesgjenstanden ikke er beskyttelsesverdig nok til å sette den i særstilling i forhold til andre beskyttelsesgjenstander. Til tross for at Førsteinstansretten

³⁶³ *Microsoft* avsnitt 689 og 695.

³⁶⁴ *Microsoft* avsnitt 695.

³⁶⁵ *Microsoft* avsnitt 695.

³⁶⁶ Lassen (2004), s. 471.

avskjærer Microsofts argument uten videre drøftelse i den konkrete sak, er det momenter som taler for at et slikt argument vil kunne være en relevant begrunnelse.

Det er, som Førsteinstansretten sier, slik at det må en innsats til for å oppnå beskyttelse og at hensynet til innovasjonen bak nektelsesgjenstanden er ivaretatt ved at beskyttelse gis. Problemet er imidlertid at det er svært varierende hva nasjonalstatene beskytter, og det er stor forskjell på hvor mye innsats og innovasjon som ligger bak forskjellige typer opphavsretter.³⁶⁷ Slik læren er i dag, får nektelsesgjenstanden, hvis den er antatt beskyttet og dermed innenfor lærens anvendelsesområde, den samme behandling helt uavhengig av om det er snakk om avansert teknologi eller for eksempel et enkelt tv-programoppsett, jfr. *Magill*. Verdivurderingen forsvinner altså i det man er inne i læren.

Dette kan sies å gjøre misbruksvurderingen unyansert på den måten at man aldri tar stilling til den eventuelle konkurransemessige skaden nektelsen medfører, versus gjenstandens beskyttelsesverdighet.³⁶⁸ Dette kan hevdes å utgjøre en svakhet ved læren, og det er i teorien gitt uttrykk for at det kan være behov for å gi noen immaterialrettigheter et sterkere vern enn andre. Det er antatt at både rettighetshaver og samfunnet vil tjene på at kunnskap som er særlig kostbart å avdekke, gis en sterk immaterialrettslig beskyttelse. For å ivareta aktørers innovasjonsincentiv må de ha en sikkerhet for at de vil kunne tjene inn igjen de investeringene de gjør. Hensynet til innovasjon er sammenfallende både i opphavsretten og i konkurranseretten. Eneretten er ment å fremme innovasjonsincentivene til gode for fellesskapet og vil kunne fremme forbrukernes interesser i et dynamisk perspektiv. På denne måten er det viktig å ivareta aktørenes innovasjonsincentiver også i den konkurranserettslige behandlingen av nektelsen. Dette taler for at begrunnelsen prinsipielt sett bør kunne gjøres gjeldende.³⁶⁹

³⁶⁷ På noen områder stiller felleskapsretten krav til beskyttelse og beskyttelsens omfang, for eksempel ved vern av datamaskinprogrammer, jfr. *Softwaredirektivet*.

³⁶⁸ Ole-Andreas Rognstad, foredrag om *Microsoft*, Europarechtsforeningen, november 2007.

³⁶⁹ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 586. Mer om investeringer og innovasjon bak rettigheten som objektiv begrunnelse, se Kolstad og Ryssdal (2007), s. 586- 587 og O'Donoghue og Padilla (2006), s. 452.

Selv om Førsteinstansretten finner at Microsofts påstand om at innovasjoner og investeringer bak samvirkeinformasjonen ikke kan få gjennomslag i den aktuelle saken, uttalte Førsteinstansrettens president i en avgjørelse om midlertidig beføyning i forbindelse med *Microsoft*, at innovasjoner og innsats bak nektelsesgjenstanden på prinsipiell basis vil kunne utgjøre en begrunnelse: ”må tages hensyn til sådanne parametre som de bagved liggende investeringer, de pågående opplysningers verdi for den dominerende virksomheds opbygning og den verdi, som vil blive overført til konkurrenterne i tilfælde af fremlæggelse.”³⁷⁰ Han utdyper imidlertid ikke dette poenget noe videre, men det kan tale for at det åpnes for å ta slike forhold i betraktning prinsipielt sett.

IMS og *Magill* gir ingen særlig veiledning med hensyn til hva som kan utgjøre objektive begrunnelser for opphavsrettslige lisensnektelser. I begge disse sakene var det snakk om opphavsretter som det ikke lå særlige innovasjoner og investeringskostnader bak, slik at spørsmålet om slike momenter kunne utgjøre en relevant begrunnelse, ikke ble satt på spissen. I *Magill* var nektelsesgjenstanden enkle oppsett av TV-kanalers ukentlige programoversikter – altså en nektelsesgjenstand uten særskilt innsats bak. Heller ikke var det forbundet med særlig innovasjon og investering å utarbeide blokkstrukturen – et slags kart som delte Tyskland inn i salgsområder, som utgjorde den beskyttede rettighet i *IMS*.³⁷¹ Verken EF-domstolen eller Førsteinstansretten har tidligere blitt forelagt tilfeller av opphavsrettslige lisensnektelser hvor det har vært tale om nektelse av immaterialrettigheter som det ligger store innovasjoner og investeringer bak, slik at inngrep vil kunne få store konsekvenser for rettighetshavers innovasjonsincentiver og dermed behov for et sterkere

Kommisjonen synes også å være av den oppfatning at særlige innovasjoner og investeringer bak rettigheten bør tillegges vekt, se Discussion Paper avsnitt 235.

³⁷⁰ Kjennelse avsagt av presidenten i Førsteinstansretten 22.desember 2004 i Sak T-201/04 R *Microsoft* mot *Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-04463, avsnitt 207.

³⁷¹ Se også Kolstad og Ryssdal (2007), s. 587, Whish (2003), s. 761 og Forrester (2003), s. 511-517 om karakteren av rettighetene i *IMS* og *Magill*.

immaterialrettslig vern i den konkurranserettslige vurderingen enn det opphavsrettsbeskyttelsen i utgangspunktet gir.

Retten kan synes å ha en slik oppfatning om nektelsesgjenstanden i *Microsoft* – at den heller ikke var av slik karakter at et særskilt vern kunne kreves – men tvert i mot at informasjonen hadde et tilstrekkelig vern i kraft av å i utgangspunktet være kvalifisert til opphavsrettsbeskyttelse. Dette til tross for at nektelsesgjenstanden i *Microsoft* var grunnleggende forskjellig fra de omtvistede rettigheter i *Magill* og *IMS*. Hvorvidt Domstolen og Førsteinstansretten vil akseptere særlige innovasjoner bak nektelsesgjenstanden som objektiv begrunnelse i senere saker, gjenstår å se.

Forutsatt at det er en åpning for å gjøre gjeldende argumenter knyttet til innovasjonen bak nektelsesgjenstanden, blir spørsmålet om det er slik at det i andre tilfeller enn *Microsoft*, vil kunne tenkes at det vil kunne ligge slike særlige innovasjoner og investeringer bak interoperabilitetsinformasjon til at det vil kunne utgjøre en objektiv begrunnelse for nektelse. Hvor mye innsats og innovasjon som ligger bak grensesnittinformasjon vil variere avhengig av den nektede informasjonens karakter og hva slags programmer det dreier seg om og må avgjøres konkret. Det er vanskelig å si noe generelt om hvor mye som ligger bak utviklingen av et programs grensesnitt. Det kan imidlertid påpekes at det i teorien er diskutert hvorvidt grensesnittinformasjon i det hele tatt har en slik verkshøyde at informasjonen overhodet er beskyttet av et opphavsrettslig vern.³⁷² Førsteinstansretten bidrar ikke til denne diskusjonen da de i sin avgjørelse kun forutsetter at den omstridte informasjonen er vernet. Diskusjonen i teorien viser imidlertid at et programs grenseflateinformasjon i mange tilfeller ligger og vipper på grensen mellom å ha tilstrekkelig verkshøyde og originalitet til å være vernet og ikke. Andersen går så langt som å betegne grensesnittinformasjon som ”faktuelle fikspunkter” som av karakter ikke kan kvalifisere til et opphavsrettslig vern.³⁷³ At interoperabilitetsinformasjon vil være en spesielt innovativ nektelsesgjenstand som krever et særskilt vern i form av at innsatsen bak

³⁷² Se for eksempel Andersen (2005), s. 377-378 og Riis (2001), s. 39-41.

³⁷³ Andersen (2005), s. 377-378.

vil kunne utgjøre en objektiv begrunnelse for nektelse, vil på bakgrunn av diskusjonen i teorien kanskje ikke være så aktuelt, men må som sagt avgjøres ut i fra de konkrete forhold i senere saker.

For det tredje begrunner Microsoft sin nektelse i at et pålegg om å tilgjengeliggjøre informasjonen, ville eliminere selskapets fremtidige innovasjons- og investeringsincentiver med tanke på utvikling av immaterialrettslige verdier.³⁷⁴ Spørsmålet er hvordan Førsteinstansretten forholder seg til dette argumentet. Som nevnt under behandlingen av Rettens vurdering av ”nytt produkt”-kravet, i kapittel 3.7.3., anser Retten Microsofts argument om at deres innovasjonsincentiver ble redusert ved pålegg om lisens, som et relevant argument først under vurderingen av objektiv begrunnelse. Retten kommer imidlertid til at Microsoft ikke klarer å godtgjøre at deres incentiver til innovasjon vil bli redusert i tilstrekkelig grad ved et pålegg om lisens, til at det utgjør en adekvat begrunnelse for nektelsen i den aktuelle sak:

”The Court finds that, as the Commission correctly submits, Microsoft, which bore the initial burden of proof (...), did not sufficiently establish that if it were required to disclose the interoperability information that would have a significant negative impact on its incentives to innovate.”³⁷⁵

Retten åpner altså for at dette argumentet i utgangspunktet kan anføres som en objektiv begrunnelse for å nekte å levere samvirkeinformasjon. At Førsteinstansretten åpner for en slik begrunnelse, medfører at selv om misbruk i utgangspunktet foreligger, *kan* foretak få medhold i at deres reduserte innovasjonsincentiver ved en lisensplikt, kan oppveie de negative virkningene nektelsen har på de andre aktørenes innovasjonsincentiver, slik at inngrep i nektelsen ikke vil kunne skje.³⁷⁶ *Microsoft* er den første saken for Førsteinstansretten eller EF-domstolen hvor det har blitt åpnet for innovasjonsincentiver

³⁷⁴ *Microsoft* avsnitt 689 og 696 jfr. kommisjonsavgjørelsen avsnitt 709.

³⁷⁵ *Microsoft* avsnitt 697. Se også avsnitt 659 der Førsteinstansretten avviser at rettighetshavers innovasjonsincentiver er relevant under ”nytt produkt”-kravet.

³⁷⁶ Rousseva (2007), s. 404.

som objektiv begrunnelse.³⁷⁷ Det er grunn til å knytte noen kommentarer til Førsteinstansrettens behandling av denne begrunnelsen.

For det første er det grunn til å se på Førsteinstansrettens uttalelser om at Microsofts begrunnelse var utilstrekkelig. Førsteinstansretten påpeker at Microsofts argumenter er vage, generelle og teoretiske.³⁷⁸ Retten poengterer videre at Microsoft mener at et pålegg om å avsløre informasjonen vil eliminere incentiver til å investere ”in the creation of more intellectual property” uten å spesifisere hvilke teknologier eller produkter de refererer til.³⁷⁹ Det kan ut i fra denne argumentasjonen, tyde på at det dominerende foretak må relatere sin begrunnelse til at incentivene til å innovere på mer spesifikke områder vil bli skadet, for at argumentet kan føre frem. Det synes ikke tilstrekkelig å fremme at ens incentiv til innovasjon som sådant svekkes av at informasjonen kan kreves tilgjengeliggjort. I denne sammenheng er det grunn til å påpeke at det kan være svært vanskelig for det aktuelle foretak å bevise at et inngrep i rettigheten vil føre til at innovasjonsincentivene blir skadet i så stor grad at lisenspåleggets positive virkning i et statisk perspektiv, oppveies. Det er et fremtidig spørsmål det til syvende og sist kun kan fremsettes antakelser om.³⁸⁰ Slik vurderingen legges opp i *Microsoft*, bærer konkurransemyndighetene kun bevisbyrden for at konkurrentenes innovasjonsincentiver blir redusert ved en nektelse, mens det dominerende foretaket får den vanskelige jobben med å bevise at deres innovasjonsincentiver i fremtiden vil bli redusert, ved et lisenspålegg.

For det andre poengterer Førsteinstansretten at Microsoft hadde referert til at et inngrep ville ha en negativ innflytelse på deres incentiv til å innovere hva gjaldt deres operativsystemer generelt sett, både klientpcer og servere. På dette punkt mener Førsteinstansretten at det er tilstrekkelig å trekke frem at Microsofts argumenter her retter seg mot selskapets bekymring for kloning av produktet. Retten bemerker at artikkel 5 i den

³⁷⁷ Se også Rousseva (2007), s. 425.

³⁷⁸ *Microsoft* avsnitt 698.

³⁷⁹ *Microsoft* avsnitt 698.

³⁸⁰ Lévêque (2005), s. 91.

omstridte kommisjonsavgjørelsen ikke tillater Microsofts konkurrenter å kopiere foretakets produkter.³⁸¹ Det er grunn til å tro at Retten anser at avsløring av informasjon som ikke gjør konkurrentene i stand til å kopiere Microsofts programmer, ikke i særlig grad vil kunne redusere foretakets innovasjonsincentiver hva gjelder disse programmene.

Det er ut i fra disse momentene at Førsteinstansretten konkluderer med at det ikke var godtgjort fra Microsofts side at avsløringen av informasjonen ville betydelig redusere – og iallfall ikke eliminere, selskapets incentiver til innovasjon.³⁸² Selv om ikke Microsofts argument førte frem i den konkrete saken, bør det knyttes noen kommentarer til at Retten åpner for at nektelsens påvirkning på rettighetshavers innovasjonsincentiver kan gjøres gjeldende som en objektiv begrunnelse.

I at Retten åpner for å ta i betraktning nektelsens virkning, ikke bare på konkurrentenes innovasjonsincentiver, men også på foretakets egne incentiver, legges det i utgangspunktet opp til en balansert test av nektelsens totale virkning på konkurransen i markedet. På den andre siden kan det hevdes at det er problematisk at det åpnes for slike effektivitetsbetraktninger som begrunnelse for en opphavsrettslig lisensnektelse – at man ved å åpne for at rettighetshavers innovasjonsincentiver kun er relevant som begrunnelse for nektelse, ikke får en total effektivitetsvurdering under ”nytt produkt”-kravet. Som vist under behandlingen av ”nytt produkt”-kravet, blir vurderingen av om forbrukernes interesser er skadet slik at det foreligger et misbruk, en statisk effektivitetsvurdering, fordi Microsofts argument avvises.³⁸³ Hvis effektivitetsvurderingene gjøres samlet, og en kommer til at nektelsen totalt sett har en positiv virkning på konkurransen, så vil ikke forbrukernes interesser skades ved at foretaket nekter å dele informasjonen, og misbruk foreligger dermed heller ikke. Et spørsmål om begrunnelse blir da heller ikke aktuelt. Slik sett er det vesentlig for partene hvor vurderingene plasseres.

³⁸¹ *Microsoft* avsnitt 700.

³⁸² *Microsoft* avsnitt 701.

³⁸³ Se kapittel 3.7.3.

3.8.3 Hemmelig og verdifull informasjon

Endelig er spørsmålet hvordan Førsteinstansretten forholder seg til Microsofts begrunnelse om at den aktuelle teknologien var hemmelig og svært verdifull for de andre aktørene på markedet.

Førsteinstansretten avviser Microsofts argument om at nektelsesinformasjonen er hemmelig. For det første begrunner Retten sin avvisning med at hemmeligholdelse er Microsofts ensidige avgjørelse.³⁸⁴ For det andre påpeker Retten at den ikke ser noen grunn til at hemmelig teknologi skulle nyte godt av en høyere grad av beskyttelse enn, for eksempel, teknologi som nødvendigvis har blitt tilgjengeliggjort for offentligheten i en patentsøknadssituasjon.³⁸⁵ Det Retten synes å mene er at det at et foretak selv velger å holde tilbake informasjon fordi de anser teknologien for hemmelig, ikke kan påvirke hvorvidt et konkurranserettslig inngrep kan skje eller ei. Hemmeligholdelse er en ensidig disposisjon fra rettighetshavers side og kan, etter Rettens mening, ikke gi vedkommende et ekstra vern.

For det tredje poengterer Retten i sin avvisning av begrunnelsen, at Microsoft ikke kan argumentere med at informasjonen er hemmelig og at den derfor ikke kan kreves tilgjengeliggjort med mindre ”særlige omstendigheter” foreligger, og på samme tid rettferdiggjøre nektelsen på grunn av informasjonens hemmelige natur. På den måten søker Microsoft å likestille nektelse av forretningshemmeligheter med opphavsrettslige lisensnektelser, slik at lista for inngrep legges høyt og på samme tid begrunne nektelsen i det samme forhold.³⁸⁶

Hva gjelder Microsofts argument om at informasjonen har særlig verdi for konkurrentene, avviser Førsteinstansretten argumentet raskt. Retten uttaler at i det at en har stadfestet at den nektede interoperabilitetsinformasjonen er uunnværlig for andre aktører med tanke på å

³⁸⁴ *Microsoft* avsnitt 692.

³⁸⁵ *Microsoft* avsnitt 693.

³⁸⁶ *Microsoft* avsnitt 693.

være i stand til å konkurrere på sekundærmarkedet, så sier det seg selv at informasjonen nødvendigvis er av stor verdi for de aktører som ønsker tilgang.³⁸⁷ Hadde informasjonen ikke vært så viktig at den var uunnværlig, hadde et inngrep i nektelsen i utgangspunktet ikke kunne skjedd med hjemmel i artikkel 82 (b), jfr. nødvendighetskravet. Ut i fra Førsteinstansrettens tilnærming synes det altså som at det heller ikke er plass til en slik begrunnelse.

En ser av denne gjennomgangen at Microsoft ikke blir hørt med noen av sine påstander om at tilstrekkelig begrunnelse for nektelse foreligger. Retten åpner imidlertid for at rettighetshavers reduserte innovasjonsincentiver ved et lisenspålegg kan utgjøre en begrunnelse. Kanskje stenges det heller ikke for at særlige innovasjoner og investeringer bak nektelsesgjensstanden vil kunne ha betydning i senere saker. Selv om aktuelle begrunnelser vil avhenge av den konkrete sakens karakter, er Førsteinstansrettens vurdering av Microsofts begrunnelser, egnet til å gi veiledning med tanke på hvilke begrunnelser som må antas å klassifiseres som relevante objektive begrunnelser for å kunne hemmeligholde interoperabilitetsinformasjon, og hvilke begrunnelser som må antas å ikke ville kunne legitimere en slik nektelse.

3.9 Lisenspåleggets innhold

Hvis en kommer til at nektelsen av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon utgjør et misbruk av dominerende stilling, og objektiv begrunnelse ikke foreligger, oppstår spørsmålet om hvem og hvor mange konkurrenter det dominerende foretaket må tilgjengeliggjøre informasjonen overfor og på hvilke vilkår lisens skal gis. Jeg vil i dette kapittelet kort peke på de viktigste aspektene ved pålegget Førsteinstansretten ga Microsoft.

Det første spørsmålet som reiser seg er hvor mange som, ved et pålegg om tilgjengeliggjøring, får tilgang til samvirkeinformasjonen. På dette punkt uttaler Førsteinstansretten følgende:

³⁸⁷ *Microsoft* avsnitt 692 og 694. Se kapittel 3.5.3. om den nektede informasjonens uunnværlighet.

” Microsoft ...shall, (...), make the interoperability information available to *any undertaking* having an interest in developing and distributing work group server operating system products and shall, *on reasonable and non-discriminatory terms*, allow the use of the interoperability information by such undertakings *for the purpose of developing and distributing work group server operating system products*” (min uth.).³⁸⁸

En ser av denne uttalelsen at alle som har en interesse av å utvikle programmer i sekundærmarkedet, skal få tilgang. Dette synes å være uavhengig av om de allerede er aktive i sekundærmarkedet, men har mistet tilgang til nødvendig interoperabilitetsinformasjon, eller har en interesse av å etablere seg på dette markedet og ikke har hatt tilgang til informasjonen tidligere. Uttalelsen tyder altså på at uavhengig av om en nektelse overfor vedkommende konkurrent hadde utgjort en trussel mot den effektive konkurransen på markedet eller ikke, så vil vedkommende få tilgang til informasjonen dersom klageren får medhold i at nektelsen utgjør et misbruk av dominerende stilling.³⁸⁹

Teoretisk sett kunne en tenke seg at det dominerende foretak ble pålagt å tilgjengeliggjøre informasjon for konkurrenter i en slik grad at det ikke lenger ville være en risiko for at den effektive konkurransen ville stå i fare for å elimineres, slik at forbrukernes interesser heller ikke lenger ville stå i fare for å skades.³⁹⁰ En slik tilnærming har Førsteinstansretten imidlertid ikke. Rettens pålegg om å tilgjengeliggjøre informasjonen overfor alle aktuelle og potensielle aktører, bunner antakeligvis i hensynet til å ikke diskriminere. Hvis for eksempel kun én konkurrent gis tilgang til informasjonen, vil de andre aktørene i markedet kunne kreve tilgang til informasjonen dersom vilkårene i bestemmelsen om forbud mot å diskriminere i artikkel 82 (c) er oppfylt.³⁹¹

³⁸⁸ Domsslutningen i *Microsoft* jfr. kommisjonsavgjørelsen artikkel 5(a).

³⁸⁹ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 454.

³⁹⁰ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 456.

³⁹¹ O'Donoghue og Padilla (2006), s. 454. For en nærmere fremstilling av hvor mange som må få tilgang, se O'Donoghue og Padilla (2006), s. 454-456.

Neste spørsmål som reiser seg, er på hvilke vilkår lisens skal gis. I henhold til Førsteinstansrettens siterte uttalelse, skal lisens gis på rimelige og ikke-diskriminerende vilkår, og konkurrentene skal gis rett til å bruke informasjonen med det formål å utvikle og tilby produkter i sekundærmarkedet. Aktørene eller de potensielle aktørene på sekundærmarkedet får, i henhold til uttalelsen til Førsteinstansretten, altså kun bruke informasjonen med den hensikt å utvikle og selge arbeidsgruppe-serveroperativsystemprodukter. Det er for aktivitet på dette markedet samvirkeinformasjonen er fastslått uunnværlig og at nektelsen har en tilstrekkelig konkurransebegrensende virkning, til at en kan gripe inn med hjemmel i konkurransereglene. Dette innebærer at Microsofts konkurrenter ikke kan bruke informasjonen til for eksempel å forsøke å utfordre det dominerende foretak i primærmarkedet, dersom det skulle være aktuelt.³⁹²

Hva som ligger i at nektelsen skal gis på rimelige og ikke-diskriminerende vilkår, er usikkert. Et slikt pålegg er vagt. Det er grunn til å tro at det her iallfall kan oppstå diskusjon vedrørende hva som er en rimelig pris for tilgang til samvirkeinformasjon.³⁹³ At Microsoft må gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår synes å innebære at konkurrentene må få tilgang på like mye informasjon.³⁹⁴

Videre følger det av Førsteinstansrettens domsslutning, at Microsoft må gi konkurrentene løpende tilgang til samvirkeinformasjonen:

³⁹² Til sammenligning kan en anvende informasjon fremskaffet ved dekompilering, til å tilby konkurrerende programmer med originalprogrammet, så framtidig informasjonen som blir fremskaffet, kun brukes i interoperabilitetsøyemed. Se kapittel 2.2.3. og 2.6.

³⁹³ Geradin (2004), s. 1545, Korah (2006), s. 163. Se Lévêque (2005), s. 87-88 for betraktninger rundt hva som kan være en rimelig pris.

³⁹⁴ Korah (2006), s. 163.

”Microsoft Corporation shall ensure that the *Interoperability Information* made available is kept updated on an ongoing basis and in a *Timely manner*”³⁹⁵

Det vil si at dersom grenseflatene endres, må tilgang til ny informasjon gis. For å kunne opprettholde konkurransesituasjonen på markedet, er det nødvendig at foretaket blir pålagt å gi slik løpende tilgang. Foretaket har selvfølgelig rett til å endre og forbedre sine programmer og grensesnitt, men i henhold til avgjørelsen synes en da å måtte tilgjengeliggjøre den endrede informasjonen dersom denne har betydning for samvirke mellom programmene.

Som jeg har vært inne på i kapittel 3.5.3., er en av grunnene til at dekompilering kan være utilstrekkelig som konkurranserettslig instrument, nettopp risikoen for at egenskaper ved programmet som påvirker samvirke programmene i mellom, endres, slik at informasjonen en har arbeidet seg frem til ved dekompilering, raskt blir utdatert. Et konkurranserettslig pålegg om tilgjengeliggjøring av gjeldende samvirkeinformasjon, uten en klausul om løpende tilgang, ville kunne resultere i en lignende situasjon – at konkurrentene ble sittende med utdatert samvirkeinformasjon ikke lenge etter at det dominerende foretak ble pålagt å tilgjengeliggjøre informasjon.

Når det gjelder hvor raskt konkurrentene skal få tilgang til informasjon, pålegger Førsteinstansretten Microsoft at dette skjer ”in a *Timely Manner*”³⁹⁶. Dette innebærer, i henhold til avgjørelsen, at tilgang skal gis så snart Microsoft har utviklet en fungerende og tilstrekkelig stabil implementering av spesifikasjonene.³⁹⁷ At foretaket pålegges å gi konkurrentene tilgang til informasjonen så fort som mulig, medfører at foretaket ikke gis anledning til å drøye tilgjengeliggjøringen og slik sett få et konkurransemessig fortrinn.

³⁹⁵ Domsslutningen i *Microsoft* jfr. kommisjonsavgjørelsen artikkel 5(b).

³⁹⁶ Domsslutning i *Microsoft* jfr. kommisjonsavgjørelsen artikkel 5(b).

³⁹⁷ Kommisjonsavgjørelsen artikkel 5(b) jfr. artikkel 1(3): ”the term “Timely Manner” (...) means as soon as Microsoft Corporation has developed a working and sufficiently stable implementation of these specifications;”.

3.10 Sammenfattende betraktninger

Jeg har i overnevnte vurdering av kriteriene som Førsteinstansretten oppstiller under interoperabilitetsspørsmålet i *Microsoft*, forsøkt å gi et bilde av hva som skal til for at aktører i datamaskinprogrammarkedene kan få tilgang til informasjon om andre leverandørers programmer med hjemmel i den konkurranserettslige regel om misbruk av dominerende stilling. Fremstillingen viser hvilke kriterier som må være oppfylt. Førsteinstansrettens vurdering av de ulike kriteriene gir veiledning med tanke på hvilket innhold kriteriene har og hvilke forhold som kan ha betydning for om tilgang til hemmeligholdt interoperabilitetsinformasjon kan kreves, i den enkelte sak. Som fremstillingen viser, var de særlige omstendigheter som var til stede i *Magill* og *IMS*, også tilstede i *Microsoft*, slik at misbruk ble ansett å foreligge: Informasjonen som ble tilbakeholdt var uunnværlig for aktørene i det avledede markedet, nektelsen medførte at all effektiv konkurranse i markedet sto i fare for å bli eliminert, nektelsen hindret den teknologiske utviklingen til skade for forbrukernes interesser slik at kravet om ”nytt produkt” var oppfylt, og nektelsen var ikke objektivt begrunnet.³⁹⁸ Førsteinstansretten åpner for at også andre forhold enn de overnevnte, vil kunne utgjøre særlige omstendigheter, men dette ble ikke satt på spissen i den konkrete sak.³⁹⁹ Det er således rom for utvikling av læren. Hvordan innholdet i ”særlige omstendigheter” vil utvikles i fremtidige saker, gjenstår å se.

Som vi ser av avgjørelsen i *Microsoft*, har Førsteinstansretten i utgangspunktet en tradisjonell tilnærming til Microsofts nektelse i den forstand at de bygger på kriteriene utviklet i tidligere praksis om opphavsrettslige lisensnektelser. Førsteinstansretten bringer imidlertid nye aspekter til læren, særlig med tanke på sin utvidelse av kravet om ”nytt produkt” og at det åpnes for at det dominerende foretakets reduserte innovasjonsincentiver kan utgjøre en objektiv begrunnelse for nektelsen.

³⁹⁸ *Microsoft* avsnitt 332-333 jfr. avsnitt 712.

³⁹⁹ *Microsoft* avsnitt 332.

Førsteinstansrettens tilnærming til interoperabilitetsspørsmålet i *Microsoft*, har vært gjenstand for debatt.⁴⁰⁰ For det første har det vært diskutert hvorvidt Førsteinstansretten, ved å legge de konkrete vilkårene i *Magill* og *IMS* til grunn, binder seg for mye til å vurdere hvorvidt tidligere uttalte vilkår er oppfylt, fremfor å ta stilling til sakens realitet og bakgrunnen for og formålet med et inngrep.⁴⁰¹ Det kan på den ene siden hevdes at en ved å anvende et ”skjema” står i fare for å overskygge det en egentlig søker å gjøre – nemlig å finne den riktige balansen mellom å sikre et effektivt konkurransemiljø som driver firmaer til innovasjon og samtidig å beskytte firmaers ex ante innovasjonsincentiver ved å la de høste frukter av egne investeringer.⁴⁰² Det har vært hevdet at Førsteinstansretten, i stedet for å ta stilling til sakens realitet, på en uheldig måte presser de eksisterende vilkår, jfr. utvidelsen av innholdet i ”nytt produkt”-kravet.⁴⁰³ På den andre siden kan en si at det er positivt at Førsteinstansretten legger vilkårene utviklet i praksis, til grunn for sin avgjørelse i det det skaper en viss forutberegnelighet at EF-domstolen og Førsteinstansretten i sin tilnærming til opphavsrettslige lisensnektelser, holder en stø kurs.

For det andre har det vært kritisert at Førsteinstansretten ikke gir noen retningslinjer vedrørende hvorvidt den omtvistede interoperabilitetsinformasjonen faktisk er beskyttet, da beskyttelse vil ha betydning for interesseavveiningen og for eksempel hva som utgjør en rimelig kompensasjon for å tillate bruk av informasjonen.⁴⁰⁴ Hvis samvirkeinformasjonen hadde vært antatt å ikke være opphavsrettslig beskyttet, ville det oppstått spørsmål om hvilken betydning det har for den konkurranserettslige vurderingen at informasjonen eventuelt er en forretningshemmelighet – om den samme vurderingen skal legges til grunn. Retten gir ingen veiledning vedrørende dette spørsmålet på grunn av den forutsetningen de

⁴⁰⁰ Se for eksempel Vickers (2008) og Fox (2008).

⁴⁰¹ Ole-Andreas Rognstad, foredrag om *Microsoft*, Europarechtsforeningen, november 2007. Se også Fox (2008).

⁴⁰² Beatriz Conde Gallego, foredrag, International Workshop: Article 82 EC, Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, 6.-7. mars 2008.

⁴⁰³ Se for eksempel Fox (2008).

⁴⁰⁴ Heinemann (2005), s. 69.

gjør. Spørsmålet er imidlertid av interesse, da det som sagt ikke er på det rene at all interoperabilitetsinformasjon faktisk nyter et opphavsrettslig vern.⁴⁰⁵

Til tross for diskusjon rundt Førsteinstansrettens tilnærming til interoperabilitetsspørsmålet, gir avgjørelsen viktige prinsipper for tilnærmingen til samvirkespørsmålet på programmarkedene. Dommen viser hva som skal til for at konkurransereglene kan sensurere avveiningen mellom konkurransehensyn og hensynet til enerettshaveren, som ligger til grunn for dekompileringsregelen i opphavsretten. Førsteinstansrettens tilnærming til interoperabilitetsspørsmålet i *Microsoft*, er førende for en nasjonal tilnærming til samvirkeproblematikken – hvilke kriterier som må være oppfylt for at en hemmeligholdelse av samvirkeinformasjon kan utgjøre en ”utilbørlig utnyttelse” av dominerende stilling, jfr. konkurranseloven § 11 andre ledd litra b jfr. EØS-avtalen artikkel 54 (b), slik at andre aktører kan få tilgang til informasjonen.⁴⁰⁶

4 Vurdering av dagens tosporede regulering

4.1 Reglenes karakter

Det er avslutningsvis i avhandlingen grunn til å knytte noen kommentarer til dagens tosporede regulering av interoperabilitetsspørsmålet. Fremstillingen har vist to reguleringsinstrumenter av svært ulik karakter, som delvis retter seg mot samme forhold. Formålet med regelen i Softwaredirektivet artikkel 6 og åndsverkloven § 39i er ”at gjøre det mulig at forbinde alle komponenter i et edb-system, herunder komponenter af forskellige

⁴⁰⁵ Ole-Andreas Rognstad, foredrag om *Microsoft*, Europarechtsforeningen, november 2007. Kommisjonen uttrykker i sitt Discussion Paper avsnitt 241-242 at det foreligger et spesialtilfelle ved nektelse av interoperabilitetsinformasjon, og at det at informasjonen kategoriseres som forretningshemmelighet, ikke betyr at det nødvendigvis bør legges til grunn en så snever adgang til informasjonen som etter læren om leverings- og lisensnektelser.

⁴⁰⁶ Jfr. kapittel 1.4.3.

fabrikater, således at de kan arbejde sammen.”⁴⁰⁷ I dette ligger en oppfatning fra lovgivers side – både nasjonalt og i fellesskapsretten – om at interoperabilitet er ønskelig på generell basis, fordi det virker positivt på og er nødvendig for konkurranse, innovasjon og utvikling av datamaskinprogrammarkedene, og at eneretten på området for datamaskinprogrammer av denne grunn må begrenses. Det er grunn til å spørre om de aktuelle inngrepshjemlene er egnet til å fremme formålet.

For det første er det grunn til å se på *hvem* bestemmelsene retter seg mot.

Dekompileringsregelen hjemler tilgang til samvirkeinformasjon for alle rettmessige brukere av et program, uavhengig av hvem som er rettighetshaver til programmet og hvilken posisjon vedkommende har i markedet. Med hjemmel i den konkurranserettslige regelen derimot, kan informasjon kun kreves tilgjengeliggjort overfor aktører som ønsker å etablere seg eller er etablert på et sekundært avledet marked, i de tilfeller der rettighetshaver er et dominerende foretak i primærmarkedet. Det synes også som det er nødvendig at det dominerende foretaket har en slik stilling på primærmarkedet at grensesnittet til hans program utgjør en *de facto standard* for samvirke mellom dette markedet og omkringliggende markeder, for at et pålegg om lisens med hjemmel i konkurranseretten skal være aktuelt. På dette punkt ser en at regelen i åndsverkloven er langt mer egnet – og ment – for å regulere samvirkespørsmålet generelt sett – at konkurranseretten kun griper inn helt unntaksvis.

For det andre er det grunn til å se på i *hvilken situasjon* informasjon kan tilgjengeliggjøres i henhold til de to bestemmelsene. Den konkurranserettslige regelen er en sanksjonspreget forbudsbestemmelse, som kun retter seg mot de tilfeller der en fortidig nektelse av å tilgjengeliggjøre interoperabilitetsinformasjon, har vist seg å virke konkurransebegrensende i et sekundært programmarked i et konkret tilfelle. Bestemmelsen i åndsverkloven derimot, fremsetter ingen betingelse om at konkurransen er begrenset for at dekompilering kan skje. Bestemmelsen hjemler en generell adgang til å dekompile, uavhengig av den konkrete

⁴⁰⁷ Softwaredirektivets fortale, avsnitt 23 og Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) punkt 3.4.6.3.

konkurransesituasjonen. Også dette moment viser at åndsverkloven § 39i er egnet til å regulere samvirkespørsmålet generelt sett, og til å fremme formålet om å forbinde alle komponenter i datamaskinsystemer, mens konkurranseretten kun kan anvendes for å gripe inn i en nektelse helt unntaksvis. Den internrettslige regelen er nettopp et uttrykk for en underliggende oppfatning om at interoperabilitet er ønskelig – uavhengig av om en nektelse vil virke konkurransebegrensende i det konkrete tilfellet, eller ei.

For det tredje er det grunn til å se på *hva* informasjonen fremskaffet med hjemmel i bestemmelsene kan *brukes* til. Informasjon fremskaffet med hjemmel i åndsverkloven, kan benyttes med det formål å oppnå samvirke generelt – uavhengig av om den som dekompilerer vil bruke informasjonen til utvikling av et konkurrerende program til det dekompilete programmet. Informasjonen eventuelt kan få tilgang til hvis et dominerende foretak pålegges å tilgjengeliggjøre informasjon med hjemmel i konkurranseretten, kan derimot kun anvendes til å oppnå samvirke mellom et gitt program i primærmarkedet og programmer i et avledet sekundærmarked. Også på dette punkt fremgår det at den opphavsrettslige regel, i motsetning til den konkurranserettslige regel, er ment – og egnet – til å fremme samvirke generelt sett.

Endelig er det grunn til å se på *den metode* som regelen i åndsverkloven § 39i hjemler. Det er på dette punkt regelen, i visse tilfeller, fremstår som utilstrekkelig med tanke på å fremme sitt formål om funksjonelt samvirke mellom datamaskinprogrammer fra ulike leverandører. Bestemmelsen er begrenset til å hjemle adgang til dekompilering. I og med at dekompilering – som vi har sett eksempel på i *Microsoft* – kan være svært omfattende og komplisert teknisk sett, ta svært lang tid og være svært kostbart, samt at informasjon fremskaffet ved dekompilering raskt kan bli utdatert, er ikke regelen i åndsverkloven § 39i alltid tilstrekkelig til at funksjonelt samvirke mellom programmer fra forskjellige leverandører oppnås. I tillegg er det slik at ikke all relevant samvirkeinformasjon engang *kan* fremskaffes ved dekompilering. Regelens utilstrekkelighet vil variere med programmenes art og omfang. *Microsoft* viser at regelen ikke i alle tilfeller er egnet til å

hindre at aktører i programmarkedene kan få en svært vid enerett ved å hemmeligholde samvirkeinformasjon.⁴⁰⁸

Det er nettopp på grunn av at den internrettslige regelens karakter, at det er nødvendig med et supplement til åndsverkloven § 39i i konkurranseretten. At bestemmelsen i konkurranseretten har karakter av å være en teknologinøytral bestemmelse hvor det sentrale er om den hemmeligholdte samvirkeinformasjonen er nødvendig for å utøve et konkurransemessig press eller ei, og ikke hvorvidt den kan fremskaffes ved en spesiell metode, gjør at bestemmelsen i konkurranseloven § 11 jfr. EØS-avtalen artikkel 54, har et bredere anvendelsesområde på dette punkt. Den kan dermed supplere den internrettslige regelen i opphavsretten når nektelsen begrenser konkurransen i et konkret tilfelle, og dekompilering er et utilstrekkelig alternativ til et konkurranserettslig pålegg om tilgjengeliggjøring.

4.2 Internalisering av den konkurranserettslige norm i opphavsretten

Den konkurranserettslige regel er som vist, verken egnet eller ment for å regulere interoperabilitetsspørsmålet på generell basis. På den andre siden er åndsverkloven § 39i, som vi har sett, ikke et fullverdig konkurranserettslig instrument. Det at den internrettslige regel i visse tilfeller viser seg utilstrekkelig til å oppnå funksjonelt samvirke, og at konkurranseretten kun griper inn helt unntaksvis, kan bidra til at reglene ikke legger tilstrekkelig press på aktører til å frigi samvirkeinformasjon på frivillig basis. Dette var et av hovedformålene med innføringen av dekompileringsregelen.⁴⁰⁹

Det at interoperabilitetsspørsmålet ligger i skjæringsfeltet enerett og konkurranserett, gjør spørsmålet vanskelig å regulere på en tilfredsstillende måte. At det i dag eksisterer en internrettslig regel som åndsverkloven § 39i, er imidlertid et uttrykk for et generelt behov for og et ønske om, å begrense eneretten hva gjelder spørsmålet om samvirke mellom datamaskinprogrammer.

⁴⁰⁸ Se kapittel 3.5.3.

⁴⁰⁹ Norsk lovkommentar, note 79 til åndsverkloven § 39i ved Ole-Andreas Rognstad.

Den internrettslige regulering av interoperabilitetsspørsmålet i opphavsretten kan fungere side om side med konkurransereglene. Spørsmålet som reiser seg, er imidlertid om det ikke hadde vært mest tilfredsstillende med *ett* reguleringsinstrument. Ettersom konkurranseretten kun er ment, og egnet, til å gripe inn helt unntaksvis, må en slik generell regulering av interoperabilitetsspørsmålet nødvendigvis ha sin plass i opphavsretten. Det er momenter som taler for at en internalisering av den konkurranserettslige norm i den internrettslige reguleringen av interoperabilitetsspørsmålet – slik at det ikke vil være behov for at konkurranseretten overprøver opphavsrettens egen balansering av konkurransehensyn og hensynet til rettighetshaver – vil være den mest tilfredsstillende løsning.

Schovsbo har tatt til orde for at en internalisering er avgjørende for enerettens legitimitet og har uttalt følgende med tanke på regulering av interoperabilitetsspørsmålet:

”Man kan naturligvis kritisere de konkrete udslag og resultater, som udviklingen har medført, men understregningen af behovet for balance mellem eneret og konkurrence bør som princip gennemstrømme enhver overvejelse i retning af indrømmelsen af en eneret. Balancen er på længere sigt helt afgørende for immaterialrettens legitimitet og dermed for dens eksistens.”⁴¹⁰

Sitatet gir uttrykk for at det har betydning for enerettens legitimitet i samfunnet og dens eksistens, at beskyttelsens omfang balanseres mot hensynet til konkurransen internt i immaterialretten. For at en internalisering av konkurransehensyn i opphavsretten skal kunne bidra til å bygge opp under enerettens legitimitet, bør balansen den internrettslige bestemmelsen representerer, avspeile den konkurranserettslige norm så langt som mulig. Kanskje er det vanskelig å utarbeide en regulering av interoperabilitetsspørsmålet internt i opphavsretten, som er av en slik karakter at den vil fungere som et tilstrekkelig konkurranserettslig instrument i alle tilfeller. En revisjon av dagens opphavsrettslige regulering av samvirkespørsmålet vil imidlertid være nødvendig i et forsøk på å unngå en konkurranserettslig overprøving av den internrettslige regel.

⁴¹⁰ Schovsbo (1997), s. 47.

Endelig vil en opphavsrettslig regulering som avspeiler den konkurranserettslig norm, slik at man unngår en to-sporet løsning, fremme hensynet til forutberegnelighet – både for rettighetshaver selv og de aktører som har behov for tilgang til samvirkeinformasjon. Økt forutberegnelighet vil gjøre aktørene bedre i stand til å estimere avkastningene av sine investeringer. Slik situasjonen er i dag, kan det være vanskelig for aktører å vite når de har adgang til å nekte tilgang, og når de risikerer et inngrep i sin nektelse. Usikkerheten vedrørende konkurranserettens inngrep i rettigheten kan hevdes å redusere innovasjonsincentivene.⁴¹¹ Økte innovasjonsincentiver er ønskelig både ut i fra et immaterialrettslig og et konkurranserettslig perspektiv.

⁴¹¹ Lévêque (2005), s. 80.

5 Kilderegister

Litteraturliste:

- Ahlborn, Evans og Padilla (2005) Ahlborn, Christian, David S. Evans og A. Jorge Padilla, *The Logic and Limits of the "Exceptional Circumstances Test" in Magill and IMS Health*, I: Fordham International Law Journal, Vol. 28, 2004-2005, s. 1109-1156
- Andersen (2005) Andersen, Mads Bryde, *IT retten*, København, 2. utg., 2005
- Baudenbacher (2007) Baudenbacher, Carl, *The CFI's Microsoft judgement – Three seconds that changed the IT world*, I: European Law Reporter, no 10, 2007, s. 342-356
- Bing (1999) Bing, Jon, *Vurdering av opphavsrettslig krenkelse av datamaskinprogrammer – et praktisk perspektiv*, I: Nordiskt immaterielt rättsskydd, 1999, s. 281-299
- Bjerke (1994) Bjerke, Bjørn, *"Reverse Engineering" av datamaskinprogrammer*, Oslo, 1994
- Concise European Copyright Law* (2006) *Concise European Copyright Law*, Dreier, Thomas og P. Bernt Hugenholtz (red.), 2006
- EØS-rett* (2004) *EØS-rett*, Sejersted, Fredrik mfl., 2.utg., Oslo, 2004
- Fejø (2003) Fejø, Jens, *EU-konkurrenceret Almindelig del*, 3.utg., København, 2003

- Forrester (2003) Forrester, Ian S., *EC Competition Law as a Limitation on the Use of IP Rights in Europe: Is there Reason to Panic?*, I: European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?, Oxford/Portland, Oregon, 2003, s. 503-556
- Fox (2008) Fox, Eleanor M., *Microsoft (EC) and Duty to Deal: Exceptionality and The Transatlantic Divide*, I: Competition Policy International, 2008 Vol. 4 number 1, s. 24-32
- Geradin (2004) Geradin, Damien, *Limiting the Scope of Article 82 EC: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's Judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, I: Common Market Law Review 41, 2004, s. 1519-1553
- Glorioso (2005) Glorioso, Andrea, *An interoperable world: the European Commission vs Microsoft Corporation and the value of open interfaces*, 20th BILETA Conference, Queens University of Belfast, April 2005 (tilgjengelig på <http://www.bileta.ac.uk/pages/Conference%20Papers.aspx>) (à jour per 30.mai 2008)
- Hagland (2007) Hagland, Birgitte, *Opphavsrettslige lisensnektelser som misbruk av dominerende stilling*, I: Misbruk av dominerende stilling, Oslo 2007, s. 19-78

- | | |
|---------------------------|--|
| Heinemann (2005) | Heinemann, Andreas, <i>Compulsory Licences and Product Integration in European Competition Law – Assessment of the European Commission’s Microsoft Decision</i> , I: International Review of Industrial Property and Competition Law, Vol. 36 No.1, 2005, s. 63-82 |
| Howarth og McMahon (2008) | Howarth, David og Kathryn McMahon, “ <i>Windows has performed an illegal operation</i> ”: <i>The Court of First Instance’s Judgement in Microsoft v Commission</i> , I: European Competition Law Review 29(2), 2008, s. 117-134 |
| Jones og Sufrin (2008) | Jones, Alison og Brenda Sufrin, <i>EC Competition Law</i> , 3.utg., Oxford, 2008 |
| Keeling (2003) | Keeling, David T., <i>Intellectual Property Rights in EU Law Volume I</i> , Oxford, 2003 |
| Kolstad og Ryssdal (2007) | Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, <i>Norsk konkurranserett Bind I Atferdsregler og strukturkontroll</i> , Oslo, 2007 |
| Kolstad (1998) | Kolstad, Olav, <i>Fra konkurransepolitikk til konkurranserett</i> , Oslo, 1998 |
| Korah (2006) | Korah, Valentine, <i>Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules</i> , Oxford, 2006 |

- Lang (2003) Lang, John Temple, *Anticompetitive Abuses under Article 82 Involving Intellectual Property Rights*, I: European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?, Oxford/Portland, Oregon, 2003, s. 589-658
- Lang (1994) Lang, John Temple, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to supply Competitors and Access to Essential Facilities*, I: Fordham International Law Journal, December 1994, s. 437-523
- Lassen (2004) Lassen, Birger Stuevold, *Åndsretten*, I: Knophs oversikt over Norges rett, 12.utg., Oslo, 2004, s. 268-505
- Lehmann (1994) Lehmann, Michael, *Theory of Property Rights and Copyright Protection of Computer Programs in Europe*, I: International Journal of Law and Information Technology, Vol. 2 No. 1, 1994, s. 86-97
- Lévêque (2005) Lévêque, Francois, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, I: World Competition, 28(1), 2005, s. 71-91
- Marsden (2007) Marsden, Philip, *Microsoft v Commission - With great power comes great responsibility*, I: Competition Law Insight, 23. oktober 2007, s. 3-5

- | | |
|-------------------------------|---|
| O'Donoghue (2007) | O'Donoghue, Robert, <i>Microsoft v EU Commission: Sounds Good In Theory But...</i> , I: Global Competition Policy, september 2007 |
| O'Donoghue og Padilla (2006) | O'Donoghue, Robert og A Jorge Padilla, <i>The Law and Economics of Article 82 EC</i> , I: Oxford and Portland, Oregon, 2006 |
| Palmer og Vinje (1992) | Palmer, Alan K. og Thomas C. Vinje, <i>The EC Directive on The Legal Protection of Computer Software: New Law governing Software Development</i> , I: Duke Journal of Comparative and International Law, Vol 2:65 Winter 1992, s. 65-87 |
| Riis (2001) | Riis, Thomas, <i>Immaterialret og IT</i> , København, 2001 |
| Rognstad | Rognstad, Ole-Andreas, (manuskript til <i>Opphavsrett</i> , forventet utgitt i løpet av 2008) |
| Rousseva (2007) | Rousseva, Ekaterina, <i>Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernisation</i> , I: EC Competition Law – A critical Assessment, Oxford and Portland, Oregon, 2007, s. 377-431 |
| Schovsbo og Rosenmeier (2008) | Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier, <i>Immaterialret</i> , København, 2008 |

- Schovsbo (1997) Schovsbo, Jens, *Som skabt for hinanden – Immaterial- og konkurrenceretlig beskyttelse af kompatible produkter*, I: Nordiskt immateriellt rättsskydd, 1997, s. 16-47
- The EC Law of Competition* (2007) *The EC Law of Competition*, Faull, Jonathan og Ali Nikpay (red.), 2.utg., Oxford, 2007
- The EC Law of Competition* (1999) *The EC Law of Competition*, Faull, Jonathan og Ali Nikpay (red.), Oxford, 1999
- Vickers (2008) Vickers, John, *A Tale of Two EC Cases: IBM and Microsoft*, I: Competition Policy International, 2008 Vol. 4 number 1, s. 1-23
- Vinje (1992) Vinje, Thomas C., *The EC Software Directive and the Question of Interoperability*, I: Nordiskt immateriellt rättsskydd, 1992, s. 74-91
- Wagle og Ødegaard (1997) Wagle, Anders M. og Magnus Ødegaard jr., *Opphavsrett i en digital verden*, Oslo, 1997
- Whish (2003) Whish, Richard, *Competition Law*, 5.utgave, London, 2003
- Østerud (2007) Østerud, Eirik, *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EF-traktaten artikkel 82 og læren om objektiv begrunnelse*, I: Misbruk av dominerende stilling., Oslo, 2007, s. 175-226

Lovgivning:*Norske lover*

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 5.mars 2004 nr.12 (konkurranseloven)

Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. 5.mars 2004 nr.11 (EØS-konkurranseloven)

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA)

Lov om patenter 15. desember 1967 nr. 9 (patentloven)

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. 12.mai 1961 nr 2 (åndsverkloven)

Utenlandske lover

LBK G 2006-06-30 nr 763 Ophavsretsloven (Danmark)

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (Sverige)

Fellesskapsrettslig lovgivning

Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap (EF-traktaten)

Protokoll nr 6 vedrørende statuttene for Domstolen

Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (Softwaredirektivet)

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) Om konkurranseloven og lov om EØS-konkurranseloven

Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) Om lov om endringer i lov 12.mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og i enkelte andre lover som følge av EØS-avtalen

NOU 1991:27 Konkurransen for effektiv ressursbruk

Norsk rettspraksis:

Rt. 2002 s. 391

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 1997 s. 1954

RG 2004 s. 414

Avgjørelser fra EF-domstolen:

Sak C/418/01, *NDC Health* mot *IMS Health* og *Kommisjonen*, Sml. 2004 s. I-5039

Sak C-7/97, *Oscar Bronner* mot *Mediaprint*, Sml. 1998 s. I-7791

Sak C-333/94 P, *Tetra Pak I*, Sml. 1996 s. I-5951

Forenede saker C-241/91 P og C-242/91 P, *RTE og ITP* mot *Kommisjonen (Magill)*, Sml. 1995 s. I-743

Sak 238/87, *Volvo* mot *Veng*, Sml. 1988 s. 6211

Sak 311/84, *Télémarketing (CBEM)* mot *CLT og IPB*, Sml. 1985 s. 3261

Sak 322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie/Michelin* mot *Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 3461

Sak 262/81, *Coditel m.fl.* mot *Ciné-Vog Films m.fl. II*, Sml. 1982 s. 3381

Sak 85/76 *Hoffman-La Roche*, Sml. 1979 s. 461

Forenede saker 6-7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano Sp.A* og *Commercial Solvents Corporation* mot *Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 223

Avgjørelser fra Førsteinstansretten:

Sak T-201/04 *Microsoft Corp.* mot *Kommisjonen* (17. september 2007, ennå ikke i Sml.)

Kjennelse avsagt av presidenten i Førsteinstansretten 22. desember 2004 i Sak T-201/04 R *Microsoft* mot *Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-04463

Sak T-228/97 *Irish Sugar* mot *Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2969

Sak T-41/96 *Bayer* mot *Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3383

Sak T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA* mot *Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-923

Avgjørelser fra Kommisjonen:

Microsoft, COMP/C-3/37.792

Sea-Containers mot *Stena Sea Link*, EFT 1994 L 15 s. 8

Meddelelser fra Kommisjonen:

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005

Twentieth Report on Competition Policy (1991)

Diverse:

Norsk lovkommentar, note 79 til åndsverkloven § 39i ved Ole-Andreas Rognstad

Ole-Andreas Rognstad, foredrag om *Microsoft*, Europarechtsforeningen, november 2007

Beatriz Conde Gallego, foredrag, *International Workshop: Article 82 EC*, Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, 6.-7. mars 2008

Pressemelding fra Kommisjonen vedrørende klager mot Microsoft, 14. januar 2008:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/19&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

(à jour per 30.mai 2008)

Tildelingsbrev fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet til Konkurransetilsynet for 2008:

<http://www.regjeringen.no/en/dep/fad/Documents/Andre-dokumenter/Brev/tildelingsbrev/konkurransetilsynet.html?id=500786>

(à jour per 30.mai 2008)

Konkurransetilsynets rapport: "Konkurrans og innovasjon i programvaremarkedene" (2008):

<http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429074/KONKURRANSE%20OG%20INNOVASJON%20I%20PROGRAMVAREMARKEDENE.PDF>

(à jour per 30.mai 2008)

Store norske leksikon (www.snl.no)

Norsk synonymordbok (www.ordnett.no)

www.wikipedia.no

